

UNIVERSIDAD COMPLUTENSE DE MADRID

FACULTAD DE DERECHO
Departamento de Derecho Mercantil



TESIS DOCTORAL

**La responsabilidad de los administradores de sociedades de capital en
situaciones de crisis empresarial**

MEMORIA PARA OPTAR AL GRADO DE DOCTOR

PRESENTADA POR

Eva Recamán Graña

Director

Gaudencio Esteban Velasco

Madrid, 2015



UNIVERSIDAD COMPLUTENSE DE MADRID

FACULTAD DE DERECHO

DEPARTAMENTO DE DERECHO MERCANTIL

Tesis doctoral

**LA RESPONSABILIDAD DE LOS
ADMINISTRADORES DE
SOCIEDADES DE CAPITAL EN
SITUACIONES DE CRISIS
EMPRESARIAL**

Autora: EVA RECAMÁN GRAÑA

Director: GAUDENCIO ESTEBAN VELASCO

Catedrático de Derecho Mercantil, Universidad Complutense de Madrid

2015

ÍNDICE

ABREVIATURAS	13
RESUMEN	17
INTRODUCCIÓN	19
PARTE PRIMERA. CRISIS EMPRESARIAL, INTERÉS SOCIAL Y DILIGENCIA	25
CAPÍTULO I. LA NECESARIA CONCRECIÓN JURÍDICA DEL ESTADO DE CRISIS EMPRESARIAL	27
A. Introducción. La dificultad de definir el estado de crisis empresarial	27
B. Las pérdidas como primer parámetro tradicional para la determinación del estado de crisis	28
<i>1. La regulación en algunos ordenamientos comparados.....</i>	<i>28</i>
<u>1.1. Las pérdidas equivalentes a la mitad del capital social en el Derecho alemán.....</u>	<u>28</u>
<u>1.2. Las pérdidas en Derecho italiano.....</u>	<u>30</u>
1.2.1. Las pérdidas de más de un tercio del capital social en Derecho italiano	31
1.2.2. Las pérdidas como causa de disolución de la sociedad en Derecho italiano	32
<i>2. Las pérdidas en Derecho español</i>	<i>33</i>
<u>2.1. Reducción del capital social por pérdidas como posible indicador del conocimiento de la situación de crisis</u>	<u>33</u>
<u>2.2. Pérdidas cualificadas en Derecho español como indicador de la existencia de un estado de crisis</u>	<u>37</u>
C. La insolvencia como segundo parámetro tradicional para la determinación del estado de crisis	41
<i>1. Derecho comparado</i>	<i>41</i>
<u>1.1. El concepto de insolvencia en EEUU</u>	<u>41</u>
<u>1.2. El concepto de insolvencia en el Reino Unido</u>	<u>43</u>

1.3. La situación en Italia.....	44
1.3.1. El presupuesto para la declaración de concurso en Derecho italiano.....	44
1.3.2. El estado de crisis en el Derecho italiano	47
1.4. El presupuesto objetivo del concurso en Derecho alemán	50
1.5. Referencia a la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho mercantil internacional	53
2. Derecho español. La insolvencia como presupuesto objetivo del concurso ..	55
2.1. Introducción.....	55
2.2. Breve referencia a la insolvencia actual	56
2.3. La insolvencia inminente como indicador del estado de crisis	58
3. Propuesta de noción de estado de crisis	60
D. El recurso a indicios para articular presunciones judiciales de conocimiento del estado de crisis	64
1. En general, los indicios de conocimiento por parte del administrador del estado de crisis	64
2. La negociación de acuerdos de refinanciación. Ejemplo de aplicación como prueba indiciaria.....	66
3. Referencia a otros posibles indicios de conocimiento del estado de crisis....	71
4. Recapitulación. El recurso a la prueba indiciaria del conocimiento del estado de crisis.....	73
CAPÍTULO II. EL INTERÉS SOCIAL EN LA CRISIS EMPRESARIAL.....	76
A. Introducción. La importancia del estudio de la cláusula del interés social para la protección de los intereses de los acreedores en la crisis empresarial.	76
B. Las interpretaciones anglo-americanas de la cláusula del interés social en la crisis.....	77
1. El deber de tener en consideración los intereses de los acreedores.....	77
1.1. Introducción. Los deberes fiduciarios de los administradores y la crisis empresarial.....	77

<u>1.2. El interés social como comprensivo del interés de los acreedores en la Jurisprudencia. Evolución jurisprudencial y conflicto doctrinal en torno al momento del nacimiento del deber.....</u>	<u>80</u>
<u>1.3. Razones para la defensa de la necesidad del deber</u>	<u>85</u>
1.3.1. Proximidad a la insolvencia, conflictos de interés e «incentivos perversos».....	85
1.3.2. La responsabilidad limitada como justificación para el nacimiento del deber	87
2. <i>La situación en el entorno estadounidense</i>	88
<u>2.1. El interés social en situación de solvencia.....</u>	<u>88</u>
<u>2.2. Evolución del contenido de la cláusula del interés social en situaciones de insolvencia</u>	<u>91</u>
<u>2.3. Los deberes de los administradores en situaciones de crisis empresarial. El tercer escenario posible.....</u>	<u>95</u>
2.3.1. La sentencia <i>Credit Lyonnais Bank</i> y la protección de los acreedores en la proximidad a la insolvencia	96
2.3.2. La síntesis de la Corte Suprema: la sentencia <i>North American</i>	99
<u>2.4. Cuestiones derivadas</u>	<u>100</u>
2.4.1. Conflicto de interés en relación con la asunción de riesgos empresariales	101
2.4.2. Clases de acreedores y <i>duty shifting</i>	103
C. El interés social en la crisis empresarial en Derecho español	106
1. <i>Introducción. El planteamiento en el supuesto de sociedad solvente</i>	106
2. <i>Crisis e interés social</i>	112
2.1. <i>Introducción.....</i>	112
2.2. <i>Tutela de acreedores y cambio de deberes</i>	114
3. <i>El interés concursal como ulterior fundamento para la defensa del interés de los acreedores en el periodo de proximidad a la insolvencia</i>	118

3.1. Concepto de interés concursal y finalidad del concurso.....	118
3.2. El interés del concurso como herramienta preconcursal de tutela de acreedores	119
CAPÍTULO III. EL ESTÁNDAR DE ADMINISTRACIÓN DILIGENTE EN LA CRISIS EMPRESARIAL	122
A. Introducción.....	122
B. El deber de diligencia. Cláusula general y deber de informarse diligentemente. Aplicación al supuesto de situaciones de crisis	126
<i>1. El deber de diligencia como cláusula general en el Derecho español</i>	<i>126</i>
<i>2. El deber de informarse diligentemente.....</i>	<i>133</i>
C. El deber de ordenada llevanza de la contabilidad y el deber de conocimiento del estado contable (como concreciones del deber de diligencia y del deber de informarse diligentemente).....	139
<i>1. Los deberes de los gestores de instituir sistemas de alerta temprana. Una referencia al Derecho alemán.....</i>	<i>139</i>
<i>2. El deber del administrador de seguimiento del estado contable.....</i>	<i>142</i>
<i>3. La prueba del desconocimiento culpable del estado de crisis y la exigencia de responsabilidad</i>	<i>148</i>
D. Delegación y control. El establecimiento de sistemas de información entre el Consejo y los órganos delegados adecuados al nivel de riesgo asumido. Influencia en el régimen de responsabilidad	153
<i>1. Introducción</i>	<i>153</i>
<i>2. El instrumento de la delegación. Las facultades indelegables en el contexto de las sociedades en crisis. Influencia en el régimen de responsabilidad.....</i>	<i>155</i>
<u>2.1. La interpretación de la formulación y presentación de cuentas como generadora de un deber de cumplimiento continuo y la asistencia en la ejecución. Régimen de responsabilidad.....</u>	<u>155</u>
<u>2.2. Comité de Auditoría y régimen de responsabilidad de administradores</u>	<u>159</u>
<i>3. Delegación y responsabilidad. El establecimiento de un sistema informativo adecuado entre el Consejo y los delegados.....</i>	<i>161</i>

<u>3.1. Introducción. El establecimiento de un sistema informativo adecuado</u>	161
<u>3.2. La responsabilidad del Consejo como órgano delegante.....</u>	163
<u>3.3. La responsabilidad de los delegados</u>	170
<u>3.4. La influencia del órgano encargado del nombramiento en el régimen de responsabilidad. ¿Exclusión de la culpa <i>in eligendo</i>?</u>	171
E. La aplicación de la <i>business judgment rule</i> a la hipótesis de estudio.....	173
1. <i>Las decisiones arriesgadas como presupuesto.....</i>	173
2. <i>Problemas de aplicación de la regla en un contexto de crisis empresarial.</i>	176
PARTE SEGUNDA. DEBERES Y RESPONSABILIDAD DE ADMINISTRADORES EN LA CRISIS EMPRESARIAL. EN ESPECIAL, EN TUTELA DE ACREEDORES	179
CAPÍTULO I. INTROMISIÓN ILÍCITA Y RESPONSABILIDAD DE LOS ADMINISTRADORES EN EL ÁMBITO DE LA CONTRATACIÓN DE LA SOCIEDAD CON TERCEROS	181
A. Introducción.....	181
B. Lesión a terceros derivada de la intervención de los administradores en la creación de relaciones jurídicas de la sociedad	182
1. <i>Introducción. Los deberes informativos precontractuales de los administradores en el ámbito de la contratación con sociedad en crisis</i>	182
<u>1.1. Aproximación a la relación entre los deberes informativos precontractuales y la doctrina de la culpa <i>in contrahendo</i></u>	182
<u>1.2. Circunscripción del análisis al supuesto del administrador societario ..</u>	185
2. <i>Lesión patrimonial-extrasocietaria al socio derivada de la actuación orgánica del administrador en el contexto de informaciones societarias</i>	188
3. <i>Intromisión lesiva en la negociación contractual de la sociedad con un tercero (no socio)</i>	195
<u>3.1. Una aproximación a la cuestión en algunos ordenamientos foráneos ...</u>	196
3.1.1. Derecho estadounidense	196
3.1.2. El caso neozelandés	197

3.1.3. La responsabilidad por suministros o financiación conseguidos a través de comportamientos ilícitos de los administradores en Italia	199
3.1.4. Supuestos de intromisión lesiva en la fase de formación de las relaciones de la sociedad con terceros en Derecho alemán	201
<u>3.2. La intervención de administrador societario en la contratación con sociedad en crisis desde la óptica de la doctrina española</u>	<u>207</u>
<u>3.3. Relación entre la gravedad del estado de crisis y el nacimiento del deber de información de los administradores</u>	<u>211</u>
C. Intromisión lesiva en la fase de ejecución de contratos existentes entre la sociedad y terceros. El incumplimiento selectivo de los contratos aplicado a la fase de crisis	216
1. <i>Derecho estadounidense</i>	217
2. <i>Responsabilidad por interferencia lesiva del administrador en la ejecución de los contratos de la sociedad con terceros. Recurso a la doctrina de la tutela aquiliana del crédito</i>	219
<u>2.1. Introducción</u>	<u>219</u>
<u>2.2. Aplicación de la tutela aquiliana del crédito a supuestos de incumplimiento contractual selectivo por sociedades en crisis</u>	<u>220</u>
CAPÍTULO II. DEBERES Y RESPONSABILIDAD DE ADMINISTRADORES EN LA CRISIS DISOLUTORIA	225
A. Introducción	225
B. Algunos apuntes de Derecho comparado	225
1. <i>Disolución por pérdidas. Deberes y responsabilidad de administradores en el Derecho italiano</i>	225
<u>1.1. Los deberes de los administradores en la disolución en Derecho italiano</u>	<u>225</u>
1.1.1. La obligación de constatar la concurrencia de la causa de disolución e iniciar el procedimiento liquidatorio	226
1.1.2. El deber de gestionar al sólo fin de la conservación del patrimonio social	228

<u>1.2. Responsabilidad de los administradores por el incumplimiento del deber de gestionar conservativamente ex artículo 2486 p. 2 c.c.</u>	232
1.2.1. El precedente en la regulación derogada	232
1.2.2. El actual régimen de responsabilidad	235
1.2.3. La especial cuestión de la determinación del daño resarcible	236
2. <i>Deberes en la crisis disolutoria y responsabilidad por incumplimiento en Alemania.....</i>	238
<u>2.1. Introducción.....</u>	238
<u>2.2. Los deberes de los administradores en la crisis disolutoria. El deber de convocar la Junta cuando se produzcan pérdidas equivalentes a la mitad del capital social (§§ 49.3 GmbHG, 92.1 AktG).....</u>	240
C. Deberes y responsabilidad de administradores en la crisis disolutoria por pérdidas cualificadas en España	244
1. <i>El artículo 363 LSC. Las pérdidas cualificadas como causa disolutoria. Remisión</i>	244
2. <i>Deberes de los administradores en la crisis disolutoria</i>	245
<u>2.1. Introducción. El comportamiento debido en la crisis disolutoria.....</u>	245
<u>2.2. Deber de convocar la Junta General</u>	247
2.2.1. Coordinación con la normativa concursal	248
2.2.1.1. Pérdidas cualificadas e insolvencia actual.....	248
2.2.1.2. Pérdidas cualificadas e insolvencia inminente	251
2.2.1.3. La Junta «disolutoria» y régimen de responsabilidad	253
2.2.1.4. Los acuerdos de refinanciación y la causa de disolución por pérdidas cualificadas.....	255
2.2.2. Plazo para la convocatoria de la Junta que ha de acordar la disolución	255
<u>2.3. La disolución judicial como deber de los administradores.....</u>	258
3. <i>La responsabilidad de los administradores por las obligaciones sociales..</i>	260

3.1. Introducción. La génesis de la norma.....	260
3.2. Función y naturaleza de la responsabilidad de los administradores por las obligaciones sociales	262
3.3. Cuestiones en torno al ejercicio de la acción.....	266
CAPÍTULO III. DEBERES Y RESPONSABILIDAD DE ADMINISTRADORES EN LA CRISIS CONCURSAL	278
A. Introducción.....	278
B. La regulación de los deberes y responsabilidad de los administradores sociales en la crisis concursal en Derecho comparado.....	278
<i>1. Algunos ordenamientos anglosajones</i>	<i>278</i>
<u>1.1. Los deberes de los administradores en la proximidad a la insolvencia en el Reino Unido.....</u>	<u>280</u>
1.1.1. <i>Wrongful trading</i>	280
1.1.2. <i>Disqualification of directors</i>	284
<u>1.2. La situación en Australia: <i>duty to avoid insolvent trading</i></u>	<u>286</u>
1.2.1. Introducción.....	286
1.2.2. El deber de prevenir la negociación en la insolvencia. Análisis de la norma	287
1.2.3. Cuestiones de política legislativa	288
<u>1.3. La situación legislativa en Nueva Zelanda</u>	<u>290</u>
<i>2. Deberes de los administradores ante la insolvencia en Italia.....</i>	<i>291</i>
<u>2.1. La ausencia de deber de solicitud del concurso.....</u>	<u>291</u>
<u>2.2. Defensa de la existencia de otros deberes de actuación de los administradores en la preinsolvencia en Derecho italiano</u>	<u>293</u>
<u>2.3. Algunas cuestiones relacionadas con el ejercicio de las acciones de responsabilidad de administradores en sede concursal.....</u>	<u>294</u>
<i>3. Los deberes vinculados a la crisis concursal y la responsabilidad por su incumplimiento en Alemania</i>	<i>297</i>

3.1. El deber de promover el proceso concursal (<i>Konkursantragspflicht</i>) y su incumplimiento: responsabilidad por retraso en la insolvencia (<i>Insolvenzverschleppungshaftung</i>)	297
3.2. El deber de conservación del patrimonio de responsabilidad (<i>Pflicht zur Erhaltung der Haftungsmasse</i>) y su incumplimiento: responsabilidad por causación de la insolvencia (<i>Insolvenzverursachungshaftung</i>).....	303
3.2.1. La situación tradicional en la doctrina.....	303
3.2.2. La situación tras la MoMiG. La responsabilidad de los gestores por causación de la insolvencia (<i>Insolvenzverursachungshaftung</i>)	305
4. El antecedente francés.....	307
C. La diligencia gestora en la crisis concursal en España	311
1. Introducción. El deber general de diligencia en la crisis concursal.....	311
2. El deber de solicitar la declaración de concurso en la insolvencia.....	313
2.1. La solicitud de concurso en situación de insolvencia inminente. Órgano legitimado	314
2.2. Negativa a la solicitud de concurso y diligencia del administrador individualmente considerado.....	323
3. El deber de conservación de la masa en el mejor interés del concurso.....	327
D. La responsabilidad concursal de administradores sociales.....	330
1. Sobre la naturaleza de la responsabilidad concursal	330
1.1. Introducción.....	330
1.2. Evolución normativa.....	331
1.3. Estado de la cuestión	335
1.4. La naturaleza de la responsabilidad concursal. Toma de posición.....	339
2. La sección de calificación y la responsabilidad de los administradores sociales. Análisis sistemático	341
2.1. Planteamiento	341

<u>2.2. La calificación del concurso como culpable y la imputación subjetiva al administrador</u>	<u>341</u>
2.2.1. La prueba de la culpa en ausencia de presunciones.....	342
2.2.2. La culpabilidad concurriendo alguna de las presunciones	344
2.2.3. Limitaciones a la calificación y a la imposición de responsabilidad concursal	346
<u>2.3. La relación de causalidad y el juicio de imputación objetiva.....</u>	<u>347</u>
<u>2.4. Determinación e individualización del daño</u>	<u>351</u>
2.4.1. Introducción.....	351
2.4.2. La determinación del daño	356
2.4.3. La individualización de la cobertura del daño.....	358
<u>2.5. La expresa exclusión de la presunción de solidaridad intraorgánica.....</u>	<u>360</u>
CAPÍTULO IV. ALGUNOS APUNTES EN RELACIÓN CON LA EXTENSIÓN	
SUBJETIVA DE LA RESPONSABILIDAD	363
A. Responsabilidad societaria	363
1. <i>Responsabilidad societaria del administrador de hecho</i>	<i>363</i>
1.1. <u>La cuestión de la solidaridad</u>	<u>366</u>
1.2. <u>Responsabilidad por omisión. Vinculación con la responsabilidad por las obligaciones sociales</u>	<u>367</u>
1.3. <u>El supuesto de la injerencia <i>ni sistemática ni continuada</i></u>	<u>370</u>
2. <i>Responsabilidad «societaria» del apoderado general. En especial, el Director General</i>	<i>371</i>
2.1. <u>Introducción.....</u>	<u>371</u>
2.2. <u>El apoderado general. Su relación con la figura del administrador de hecho a efectos de responsabilidad societaria</u>	<u>372</u>
2.3. <u>El supuesto del Director General. La relevancia del poder de decisión</u>	<u>373</u>
B. Ámbito subjetivo de la responsabilidad concursal	378
1. <i>Introducción</i>	<i>378</i>

2. <i>Fundamento de la extensión de la responsabilidad concursal a la figura del administrador de hecho</i>	378
3. <i>La extensión del ámbito subjetivo al apoderado general</i>	381
CONCLUSIONES	384
BIBLIOGRAFÍA	413
ABSTRACT	449

ABREVIATURAS

ABA	American Bar Association
ADC	Anuario de Derecho Civil
ADCo	Anuario de Derecho Concursal
AG	Die Aktiengesellschaft
AktG	Aktiengesetz
ALCM	Anteproyecto de Ley del Código Mercantil de 30/05/2014
ALRC	Australian Law Reform Commission
Bankr. Dev. J.	Bankruptcy Developments Journal
BB	Betriebs Berater
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
Bus. Law.	Business Lawyer
c.c.	<i>Codice Civile</i>
CA	Companies Act 2006 (UK)
Cambridge L.J.	Cambridge Law Journal
Cardozo L. Rev.	Cardozo Law Review
Case W. Res. L. Rev.	Case Western Reserve Law Review
CC	Código Civil
CCJC	Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil
CDC	Cuadernos de Derecho y Comercio
Cdc	Código de Comercio
Colum. L. Rev.	Columbia Law Review
CUBG	Código Unificado de Buen Gobierno

Cumb. L. Rev.	Cumberland Law Review
DB	Der Betrieb
DCGK	Deutscher Corporate Governance Kodex
Del. J. Corp. L.	Delaware Journal of Corporate Law
Dir. Fall.	Il Diritto Fallimentare
DN	Derecho de los Negocios
<i>DStR</i>	Deutsches Steuerrecht
EBOR	European Business Organization Law Review
Geo. Mason L. Rev.	George Mason Law Review
Giur. comm.	Giurisprudenza commerciale
Giust. civ.	Giustizia civile
GmbHG	Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung
GmbHR	Die GmbH-Rundschau
HGB	Handelsgesetzbuch
Hofstra L. Rev.	Hofstra Law Review
IA	Insolvency Act 1986
InsO	Insolvenzordnung
J. Bus. & Tech. L.	Journal of Business & Technology Law
J. Corp. L.	Journal of Corporation Law
J. Legal Stud.	Journal of Legal Studies
J.L. & Econ.	Journal of Law and Economics
JBL	Journal of Business Law
JZ	Juristen Zeitung
La. L. Rev.	Louisiana Law Review
LC	Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal

leg. fall.	Legge fallimentare
LSA	Ley de Sociedades Anónimas
LSC	Ley de Sociedades de Capital
LSRL	Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada
Md. L. Rev.	Maryland Law Review
Mem. St. U. L. Rev.	Memphis State University Law Review
Oxford J. Legal Stud.	Oxford Journal of Legal Studies
RDCP	Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal
RDM	Revista de Derecho Mercantil
RdS	Revista de Derecho de Sociedades
RGD	Revista General de Derecho
RRM	Reglamento del Registro Mercantil
SA	Sociedad Anónima
SRL	Sociedad de Responsabilidad Limitada
Stetson L. Rev.	Stetson Law Review
STS	Sentencia del Tribunal Supremo
TS	Tribunal Supremo
U. Toronto L.J.	University of Toronto Law Journal
Vand. L. Rev.	Vanderbilt Law Review
Wash. & Lee L. Rev.	Washington and Lee Law Review
Wis. L. Rev.	Wisconsin Law Review
Yale L. J.	Yale Law Journal

LA RESPONSABILIDAD DE LOS ADMINISTRADORES DE SOCIEDADES DE CAPITAL EN SITUACIÓN DE CRISIS EMPRESARIAL *

EVA RECAMÁN GRAÑA

RESUMEN

El presente trabajo aborda el estudio de la responsabilidad de los administradores de sociedades de capital por la gestión societaria realizada en periodos de dificultad económica. Se comienza por intentar concretar jurídicamente el concepto de «estado de crisis», el contenido del interés social en la crisis y las modulaciones que se producen en el deber de diligencia en el contexto analizado. Posteriormente, se estudia específicamente la responsabilidad de los administradores derivada de la actividad gestora realizada durante este periodo, prestando especial atención a la tutela de acreedores. Para ello se analizará la posible responsabilidad de los administradores sociales derivada de la negociación y ejecución de contratos de los que es parte la sociedad, la responsabilidad de los administradores por las obligaciones sociales y la responsabilidad concursal. Finalmente, se analizará las posibilidades de extender los mecanismos de tutela analizados a figuras distintas del administrador de derecho (administrador de hecho, director general, apoderado general).

Palabras clave: crisis empresarial, proximidad a la insolvencia, interés social en la crisis, deber de diligencia, responsabilidad de administradores, concurso.

This thesis deals with the study of the liability of directors of limited liability companies arising from the corporate management performed in periods of economic difficulty or

* La presente tesis doctoral se ha beneficiado de una beca del Programa Nacional de Formación de Profesorado Universitario.

financial distress. It begins by trying to legally define the concept of “state of crisis”, the corporate interest in the crisis and the modulations that occur in the duty of care in the context analyzed. Subsequently, this work studies the liability of directors resulting from management activities during this period, with particular attention to the protection of creditors. Specifically, it addresses directors’ liability from the negotiation and execution of contracts in which the company is part, the liability of directors for corporate debts and the liability of directors in bankruptcy. Finally, this work studies the possibility of extending protection mechanisms analyzed to other non-director figures.

Key words: financial crisis, vicinity of insolvency, corporate interest, duty of care, directors’ liability, bankruptcy.

INTRODUCCIÓN

«Die Konkursreife fällt ja nicht vom Himmel. Sie ist das Ende eines oft länger währenden Prozesses»¹. Todo aquel que se haya aproximado al estudio de la crisis empresarial y la responsabilidad de administradores ha leído una expresión como esta o similar. Y si, como se manifiesta en la cita referida, la crisis «no cae del cielo», podemos esperar que los administradores conozcan esta situación y actúen en consecuencia.

Huelga decir que existen numerosos trabajos sobre esta materia, lo que podría poner en entredicho la necesidad de este trabajo. Sin embargo, consideramos que existe aún posibilidad de aportar al conocimiento en este ámbito, no sólo porque las numerosas reformas legislativas que se han producido en los últimos años han afectado, de múltiples maneras, tanto a la regulación de la responsabilidad de administradores como de la crisis empresarial, sino porque, precisamente, el especial interés que el tema ha despertado y sigue despertando demuestra que es necesario seguir profundizando en el estudio del mismo.

En la Parte Primera de este trabajo se abordarán tres cuestiones. El Capítulo I analiza las posibilidades de concreción jurídica del concepto de “estado de crisis”. Se revisa la normativa española, tanto societaria como concursal (así como la de algunos ordenamientos comparados) para intentar determinar el concepto de “estado de crisis” como un concepto no únicamente referido al sobreendeudamiento o la insolvencia, actual o inminente, aunque comprensivo de los estados a que hacen referencia estos términos. En cierto modo, se intentará dar contenido, desde la óptica del Derecho español, al concepto anglosajón de *proximidad a la insolvencia*. Se planteará también el recurso a un sistema de indicios para articular presunciones judiciales de conocimiento del estado de crisis.

En el Capítulo II se analizará en primer lugar, tanto desde la óptica comparada como española, cuál es el contenido de la cláusula del interés social cuando la sociedad se encuentra en situación de crisis empresarial, y, por tanto, cuáles son los intereses dignos de protección que han de guiar la actuación gestora de los administradores en este

¹ LUTTER, M., «Haftungsrisiken des Geschäftsführers einer GmbH», *GmbHHR*, 8/1997, p. 332.

periodo. Posteriormente, se hará referencia al interés concursal y a la posibilidad de extender algunos de los principios en que se asienta este concepto a periodos de preinsolvencia.

En el Capítulo III de la Parte Primera se analizará si se producen modulaciones en el deber de diligencia derivadas de la situación de crisis. En especial, se estudiará cuándo la diligencia debida exige el conocimiento del estado de crisis y de pronóstico o previsión de dicho estado. El conocimiento diligente del estado de crisis está, necesariamente, vinculado al correcto cumplimiento del deber de ordenada llevanza de la contabilidad, de especial trascendencia en la referida situación de crisis que sirve de contexto a todo este trabajo. Será necesario también abordar cómo la exigencia del conocimiento del estado de crisis requiere la organización de sistemas de información y control adecuados para realizar un seguimiento idóneo por parte del órgano de administración del estado contable, y, en consecuencia, las peculiaridades que se plantean en el ámbito de la delegación, con trascendental influencia en el régimen de responsabilidad. Se hará también una breve referencia a la recientemente regulada *business judgment rule*.

En la Parte Segunda se abordarán los restantes deberes que conforman el que hemos llamado, a los efectos de este trabajo, *estatuto de deberes del administrador en la crisis empresarial*, así como la responsabilidad derivada de su incumplimiento.

En el Capítulo I de la Parte Segunda se analizarán los deberes que pesan sobre los administradores en el ámbito de la negociación precontractual en representación de la sociedad. En este ámbito, se estudiará si las exigencias de buena fe precontractual (concretadas en nuestra hipótesis de estudio en un deber de informar de la crisis) que pesan sobre todo sujeto que se aproxima a una negociación contractual y que, siendo una de las partes una sociedad de capital, se imponen, en principio, a la sociedad, se trasladan a los administradores que negocian por cuenta y en nombre de ésta. A continuación, se plantearán los mecanismos de imputación de responsabilidad a los administradores por la lesión a terceros derivada de su intervención en la creación de relaciones jurídicas de la sociedad. Posteriormente, se abordará la posibilidad de aplicar la doctrina de la tutela aquiliana del crédito a los supuestos de incumplimiento selectivo de contratos en la fase de crisis empresarial.

En el Capítulo II de esta Parte Segunda se estudiarán los deberes y responsabilidad de los administradores en la crisis disolutiva. Se comenzará por realizar algunos apuntes

de Derecho comparado para, a continuación, estudiar los deberes que la situación de pérdidas cualificadas impone a los administradores de sociedades de capital, así como la responsabilidad por las obligaciones sociales derivada del incumplimiento de los mismos. Se prestará especial atención a los problemas de coordinación que plantean la normativa societaria y concursal. La última parte de este Capítulo se destinará a revisar determinadas cuestiones que plantea el ejercicio de esta acción de responsabilidad.

El Capítulo III de esta Parte Segunda se destina a los deberes y responsabilidad de los administradores en la crisis concursal. Se comenzará por reseñar algunos ordenamientos comparados, con especial interés por la diferente regulación que se hace de la responsabilidad de los administradores en situaciones de insolvencia. Se analizarán tanto ordenamientos con sistemas de *wrongful trading* o asimilados como ordenamientos continentales. Posteriormente, ya centrándonos en la regulación de la crisis concursal en España, se comenzará por analizar la diligencia debida en la insolvencia societaria, así como dos de los deberes que dispone la LC y que consideramos influyen de manera más relevante a esta diligencia debida en la crisis concursal: el deber de solicitud de concurso y el deber de conservación de la masa en el mejor interés del concurso. El estudio del deber de solicitud de concurso planteará la tan controvertida cuestión el órgano legitimado en situaciones de insolvencia inminente. La última parte de este Capítulo se destinará al estudio de la responsabilidad concursal. Se comenzará por la polémica cuestión de la naturaleza de la responsabilidad para, seguidamente, analizar cada uno de los elementos que conforman la responsabilidad concursal de los administradores sociales.

Finalmente, en el Capítulo IV se estudiará la posibilidad de extender las conclusiones alcanzadas tanto en el ámbito de la intromisión ilícita y responsabilidad de administradores en el ámbito de la contratación de la sociedad con terceros, como en la responsabilidad por las obligaciones sociales y la responsabilidad concursal a las figuras del administrador de hecho, el director general y el apoderado general, si procede.

Introduction (English)

«Die Konkursreife fällt ja nicht vom Himmel. Sie ist das Ende eines oft länger währenden Prozesses»². Everyone who has ever approached the study of financial crisis and directors' liability has read this statement or similar. And, if it can be presumed that crisis does not fall from above, we can expect managers to know that this situation is arising and to act accordingly.

Needless to say, we are aware that there already are many works about this subject and that it could be, apparently, difficult to argue in favor of the need of this thesis. On the other hand, the ongoing regulatory changes on this subject demonstrate there still is need of scholar works on this topic.

In Part One of this work this author tries to solve, from a legal perspective, three main questions. In Chapter I it is reviewed *how crisis is defined* in our regulation. We will review (ours as well as foreign) Corporate Law and Insolvency Law and offer a concept of crisis which is not only limited to illiquidity or over-indebtedness, but also comprehensive of the preinsolvency state. It could be said that we try to connect the *deepening insolvency* Anglo-Saxon concept with the Spanish legal insolvency state, in order to fulfill the so mentioned but not regulated *corporate crisis state*.

Chapter II deals with which is the *best interest of the company when crisis arises, i.e., which stake must managers take into account when they decide how to perform*. Briefly, it has been well established that profitable companies' best interest is aligned with partnership's best interest. Having that said, in a financial crisis situation this premise is not so easily sustained. In other words, we bring into question the pro-partnership point of view. Subsequently, we will refer to the insolvency interest and to the possibility to extend some of the principles on which this concept is based on periods of pre-insolvency.

Once we have stated what crisis is and which interests are in stake, we should ask ourselves: how can we expect the managers to act when the company faces crisis, meaning, how they act carefully and comply with their duties *in such circumstances*. In Chapter III this author addresses if the duty of care suffers any modulation because of the crisis situation. In particular, we will study when due diligence requires knowledge

² LUTTER, M., «Haftungsrisiken des Geschäftsführers einer GmbH», *GmbHR*, 8/1997, p. 332.

of the state of crisis and prognosis or prediction of this state. The diligent knowledge of the state of crisis is necessarily linked to the proper performance of the duty of keeping accounting records, of particular importance in the aforementioned crisis. We will also need to address how the requirement of knowledge of the state of crisis requires the organization of information systems and control systems for a suitable monitoring by the Board of the balance sheet, and, consequently, the peculiarities that arise in the scope of the delegation, with far-reaching influence on the liability regime. We will also make a brief reference to the newly regulated business judgment rule.

Once these three questions are answered, it is possible to address the next step and to analyze concrete duties that our legislation imposes to directors when the company faces financial difficulties, what we have named the statute of directors' duties when managing financially troubled companies. In particular, pre-contractual and contractual duties, duties required to directors of over-indebted companies and duties imposed to directors of pre-insolvent and insolvent companies. Alongside defining duties composing this statute, we will study how this statute is enforced in our regulation to prevent violations of any of the referred duties, that is to say, the ultimate aim of this thesis: the directors' liability in financial crisis.

In Chapter I of Part Two we will study the duties incumbent on managers in the field of pre-contractual negotiations on behalf of the company. In this area, we will examine whether the requirements of good faith (concretized in our hypothesis as a duty to report the crisis) that weigh on every subject in a contractual negotiation are required not only to the company, but to the director. Then, we will address the directors' liability for injuring third parties as a result from their involvement in the creation of contracts in which the company is part. Subsequently, we will study if the tort of intentional interference with contractual relations applies.

In Chapter II of this Part II we will analyze the duties and responsibilities of directors in a facing a dissolution cause, precisely, qualified losses. We will start by making some mentions of comparative law, and then we will study which duties imposes this situation to directors of limited liability companies, as well as the responsibility for corporate debts arising from a breach of these duties. Special attention to coordination problems posed by Corporate and Insolvency Law will be given. The last part of this Chapter is devoted to reviewing certain issues raised by the exercise of this action.

The Chapter III of this Part Two is intended to the duties and liabilities of managers in the insolvency crisis. It will begin by outlining some foreign regulations, with special interest in wrongful trading systems or similar systems, which will be analyzed alongside continental ones. Later, we will focus on the regulation of insolvency crisis in Spain, analyzing due diligence in corporate insolvency, as well as two of the duties provided by the LC, which we consider more relevant to this diligence in insolvency crisis: the duty of filing the bankruptcy and the duty of maintaining the estate of the company in the best interest of the procedure. The study of the duty of filing the bankruptcy raises the controversial issue of who is entitled in situations of imminent insolvency. The last part of this Chapter is devoted to the study of liability of directors in bankruptcy. We will start by the controversial question of the nature of the liability to then analyze each of the elements of the liability of directors in bankruptcy

Finally, we will study the possibility of extending the conclusions reached for directors to shadow or *de facto* directors, chief officer or officers, if applicable.

**PARTE PRIMERA. CRISIS EMPRESARIAL, INTERÉS
SOCIAL Y DILIGENCIA**

CAPÍTULO I. LA NECESARIA CONCRECIÓN JURÍDICA DEL ESTADO DE CRISIS EMPRESARIAL

A. Introducción. La dificultad de definir el estado de crisis empresarial

Como se expuso en la introducción de esta tesis, la elección del tema de estudio vino motivada por la creciente necesidad -apreciada por doctrina, jurisprudencia y práctica- de definir tanto un estatuto de los deberes de los administradores societarios como la responsabilidad derivada del incumplimiento del mismo en el ámbito de la tantas veces referida *crisis empresarial*. A pesar del interés despertado por la materia, el estudio de la misma chocó con un primer y sustancial problema que era, precisamente, la indefinición jurídica del *estado de crisis empresarial*, y, por tanto, del periodo de tiempo en que se desarrollarían los deberes determinados en el estatuto que se intentará definir.

Si bien de manera tradicional se ha recurrido a los conceptos de pérdidas cualificadas e insolvencia para abordar esta cuestión, se puso de manifiesto que la problemática a analizar —específicamente, los comportamientos de los gestores societarios que resultaba necesario enjuiciar- sucedían, muchas veces, en un periodo temporal previo a la concurrencia de pérdidas cualificadas o insolvencia, periodo que se definió de diversas maneras, siendo los términos más usados el de *crisis empresarial* y el de *preinsolvencia*, éste último que toma ya como referencia la futura y previsible insolvencia³.

Quizás la determinación de este estado resulte imposible sin recurrir a áreas científicas distintas de la jurídica, o, al menos, no limitada por los instrumentos que ofrece el Derecho societario y concursal. Muy a nuestro pesar, ello excede el ámbito de este trabajo. Limitándonos a nuestro área de conocimiento, comenzaremos por hacer mención de las disposiciones a que la doctrina ha recurrido habitualmente para determinar el estado de crisis empresarial para, posteriormente, ofrecer puntos de vista,

³ Ya se hizo eco de este problema, analizando el recurso a los tests de solvencia en la línea anglosajona como alternativa, ALONSO LEDESMA, C., «Derecho de sociedades vs. Derecho concursal. ¿Técnicas alternativas o complementarias de protección de los acreedores?», en ALONSO LEDESMA, C./ALONSO UREBA, A./ESTEBAN VELASCO, G. (dirs.), *La modernización del Derecho de sociedades de capital en España. Cuestiones pendientes de reforma*, T. II, Aranzadi, Pamplona, 2011, pp. 92-94.

sino alternativos, complementarios del clásico recurso a las pérdidas cualificadas y al estado de insolvencia.

B. Las pérdidas como primer parámetro tradicional para la determinación del estado de crisis

1. La regulación en algunos ordenamientos comparados

1.1. Las pérdidas equivalentes a la mitad del capital social en el Derecho alemán

Los §§ 49.3 GmbHG y 92.1 AktG establecen el deber de los administradores de convocar a la Junta General cuando conociesen, o, aplicando la diligencia debida, se deduzca la existencia de pérdidas por valor de la mitad del capital social⁴.

En concreto, el § 49.3 GmbHG establece que, en especial, la Junta deberá ser convocada inmediatamente cuando del balance anual o de un balance formulado durante el ejercicio económico resulte una pérdida de la mitad del capital social⁵. Así, se considera que la primera finalidad de la norma contenida en el § 49.3 GmbHG es informativa. Al establecer el deber de los administradores de convocar a la Junta se dispone, en realidad, una especie de aviso, señal o indicador de la situación de pérdidas (*Verlustanzeige, Krisenwarnsignal*), ofreciendo a la Junta una advertencia antes de la entrada de la sociedad en una situación aguda de crisis, y concediendo a los socios la oportunidad de discutir y decidir las medidas a tomar⁶, ya que, a diferencia de lo que sucede con la

⁴ Como se explicará en la Parte Segunda, Capítulo II, B.2, en el ordenamiento jurídico alemán este *deber de convocatoria de la Junta* se concreta en un *deber de informar de la pérdida*, deber que exige, a su vez, ofrecer una *imagen fiable* de la misma.

⁵ Se considera que este supuesto de convocatoria (*Einberufungsgründe*) es la concreción de la cláusula general contenida en el § 49.2 GmbHG, que dispone que la Junta será convocada siempre que sea necesario en interés de la sociedad. Cfr., entre otros, MARSCH-BARNER, R. /DIEKMANN, H., «§ 45. Die Organpflichten des Geschäftsführers», en PRIESTER, H.J./MAYER, D., *Münchener Handbuch des Gesellschaftsrecht*, Band 3: Gesellschaft mit beschränkter Haftung, Beck, München, 1996, p. 651; SCHMIDT, K., «§ 49. Einberufung der Versammlung», en AAVV, *Scholz Kommentar zum GmbH-Gesetz*, Band 2, 9. Auflage, Otto Schmidt, Köln, 2002, pp. 2589-2590.

El § 49.3 se altera en relación con la *Unternehmergesellschaft*, introducida en la GmbHG (cfr. §5a) a través de la MoMiG, sociedad en que se sustituye el capital mínimo por una limitación en la disponibilidad de las reservas (cfr. § 5a Abs. 3 GmbHG). En la *Unternehmergesellschaft*, la Junta deberá ser convocada cuando la sociedad se encuentre en situación de inminente incapacidad de pagos (cfr. § 5a Abs. 4 GmbHG): «*Abweichend von § 49 Abs. 3 muss die Versammlung der Gesellschafter bei drohender Zahlungsunfähigkeit unverzüglich einberufen werden*».

⁶ Entre otros, MARSCH-BARNER, R. /DIEKMANN, H., *op. ult. cit.*; SCHMIDT, K., *op. ult. cit.* Teniendo en cuenta esta función de la norma, considera el prof. SCHMIDT que se podría entender que también existiera este deber de convocatoria ante pérdidas graves que no llegaran a la mitad del capital social. En este caso, el fundamento legal de la obligación se encontraría en el § 49.2 GmbHG.

incapacidad de pagos o el sobreendeudamiento⁷, en esta situación de pérdidas la doctrina entiende que aún existe capacidad de reacción por parte de la sociedad⁸.

En relación con las condiciones específicas de la pérdida, en línea de principio, la Junta debe ser convocada *cuando de un balance se deduzca que se ha producido una pérdida equivalente a la mitad del capital social*. Ello quiere decir, cuando los activos netos (*Reinvermögen*) de la sociedad, debido a la existencia de pérdidas, no cubran la mitad de la cifra de capital (*Stammkapitalziffer*) o exista un desbalance por valor de la mitad de la cifra de capital (*«Es besteht eine Unterbilanz in Höhe der Hälfte des Stammkapital»*). Se ha defendido que la pérdida no se refiere sólo al capital nominal, sino al *capital de equidad (Eigenkapital)*, considerando que éste se compone de acuerdo con lo establecido en el § 266 Abs 3 A HGB (*Stammkapital, Kapitalrücklage, Gewinnrücklag*)⁹. Además, la valoración de los activos debe realizarse conforme a los principios de contabilidad del balance (empresa en funcionamiento) y no, como sucede en el caso de sobreendeudamiento, conforme a los criterios de liquidación¹⁰.

De manera similar a lo regulado para la GmbH, también la AG dispone el deber del *Vorstand* de convocar de inmediato a la Junta cuando de la elaboración del balance anual o de un balance intermedio se desprenda, o del propio juicio deba asumirse, que la

⁷ En cualquier caso, se trata de un supuesto distinto al regulado en el § 19.2 InsO, donde se define el sobreendeudamiento del deudor como presupuesto para el inicio del procedimiento concursal. Considera el prof. SCHMIDT (*«§ 49. Einberufung der Versammlung»*, *cit.*, pp. 2589-2590) que estas dos normas se fundamentan en distintas *ratio legis*. Mientras la norma concursal plantea la necesidad de decidir entre el inicio de un procedimiento concursal o la posible pervivencia de la sociedad sin recurrir a dicho procedimiento, la norma societaria concreta el deber de los administradores de advertir a los socios sobre todo aquello que afecte al interés societario (*Warnpflicht der Geschäftsführer*).

⁸ Así, por ejemplo, LUTTER, M./HOMMELHOFF, P./TIMM, W., «Finanzierungsmaßnahmen zur Krisenabwehr in der Aktiengesellschaft», *BB*, 15/1980, p. 739.

⁹ MARSCH-BARNER, R. /DIEKMANN, H. «§ 45. Die Organpflichten...», *cit.*, 1996, p. 652. La norma citada hace referencia a la partida de activo fijo en el balance.

¹⁰ Crítico con la redacción de la norma, entre otros motivos, por no concretar los principios determinantes para la valoración del capital, ZÖLLNER, W., «§ 49», en BAUMBACH/HUECK *GmbH-Gesetz Kommentar*, Beck, München, 2006, p. 1508.

Recuerda SCHMIDT, K. (*«§ 49. Einberufung der Versammlung»*, *cit.*, pp. 2590-2591) que las incorrecciones o fallos en el balance no son irrelevantes. El § 49.3 GmbHG se entiende sólo sobre la base de la existencia de un *deber no escrito de vigilar los activos de la sociedad*, e incluye, también, el *deber de dar una imagen fiable a los socios sobre la pérdidas*. Por lo tanto, un incumplimiento negligente de los administradores del deber puede ser fuente de responsabilidad frente a la sociedad. Además, también puede ser fuente de responsabilidad externa en tanto se considere el § 49.3 GmbHG norma de protección frente a los socios, en el sentido del § 823.2 BGB.

Por otra parte, para el *Überschuldungsstatus*, *vid.* SCHMIDT, K., «Vor § 64», en AAVV, *Scholz Kommentar zum GmbH-Gesetz*, Band 1, 9. Auflage, Otto Schmidt, Köln, 2002, pp. 3471 ss.

sociedad ha incurrido en pérdidas equivalentes a la mitad del capital social, informando y asesorando a la Junta sobre tal circunstancia (§ 92.1 AktG)¹¹.

Sólo añadir a lo expuesto en relación con los criterios de valoración de los activos para la elaboración del balance que, si tras examinar todas las opciones y los riesgos se llega a la conclusión de que la continuidad de la sociedad (*Fortbestand des Unternehmens*) no es posible, deberá realizarse balance conforme a los valores de liquidación. En cambio, si el *Fortbestehensprognose* no ofrece una conclusión clara, se concede al *Vorstand* la facultad discrecional de realizar balance bajo valores de continuidad o valores de liquidación¹².

1.2. Las pérdidas en Derecho italiano

El ordenamiento italiano también exige, como una de las principales contrapartidas a la limitación de responsabilidad societaria, el mantenimiento de una cierta correlación entre el patrimonio neto de la sociedad y su cifra de capital social. Por ello, se otorga especial importancia a las pérdidas societarias cuando alcanzan determinada magnitud, en tanto manifiestan una falta de correspondencia real entre patrimonio neto y capital, con los perjuicios que ello puede producir¹³.

¹¹ A las concretas cuestiones relacionadas con el cumplimiento del deber de convocatoria se hará referencia en la Parte Segunda, Capítulo II.

¹² WIESNER, G., «§ 25. Pflichten bei Verlust, Überschuldung und Zahlungsfähigkeit», en HOFFMAN-BECKING (Hrsg.), *Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts*, Band 4: Aktiengesellschaft, 2. Auflage, Beck, München, 1999, p. 267.

¹³ Ampliamente sobre la cuestión, por todos, PORTALE, G.B., «Capitale sociale e società per azioni sottocapitalizzata», COLOMBO, G.E./PORTALE, G.B. (dir.), *Tratato delle società per azioni*, vol. 1, UTET, Torino, 2004, *passim*. Entre concreto, cfr. RODORF, R., «Perdita del capitale e responsabilità per nuove operazioni», *Le Società*, 11/1992, pp. 1486-1487, exponiendo que una de las razones que inspira esta normativa es la exigencia inderogable de la tutela de terceros, que no puede permitir el desarrollo de una actividad comercial por una sociedad de responsabilidad limitada si dicha sociedad no mantiene un capital mínimo que permita su responsabilidad patrimonial.

Un interesante análisis sobre el debate en Europa sobre el capital social y sus alternativas como técnica de tutela de acreedores, se puede consultar en MIOLA, M., «Tutela de los acreedores en las sociedades de capital y técnicas alternativas. El debate entre la tradición europea continental y el punto de vista anglosajón», en ALONSO LEDESMA, C./ALONSO UREBA, A./ESTEBAN VELASCO, G. (dirs.), *La modernización del Derecho de sociedades de capital en España. Cuestiones pendientes de reforma*, T. II, Aranzadi, Pamplona, 2011, pp. 19 ss. En la misma obra colectiva, también, ALONSO LEDESMA, C., «Derecho de sociedades vs. Derecho concursal...», *cit.*, pp. 67 ss.

1.2.1. Las pérdidas de más de un tercio del capital social en Derecho italiano

El artículo 2446 c.c.¹⁴ dispone que cuando se producen pérdidas de más de un tercio del capital social que no reduzcan éste por debajo del mínimo legal, la administración ha de tomar una serie de medidas para restablecer el equilibrio patrimonial¹⁵. Ante tales pérdidas, deben convocar sin demora (*senza indugio*) a la asamblea para que adopte las medidas oportunas, que, principalmente, consistirán en reducir capital social o aplazar dicha decisión al ejercicio siguiente. En caso de aplazamiento, si dentro del ejercicio siguiente la pérdida no resulta disminuida a menos de un tercio, el capital debe ser necesariamente reducido. En el caso de que la reducción no se produzca, pesa sobre los administradores y los síndicos el deber de solicitar la reducción judicial del capital¹⁶.

La pérdida puede manifestarse tanto en el momento de la redacción del balance anual como a lo largo del ejercicio. Se considera que la norma dispone la obligación de los administradores de convocar la asamblea sin demora cuando sucede la situación de pérdidas (*«quando si sia verificata»*), lo que se entiende se traduce en la existencia de un *deber de los administradores de conocer la existencia de pérdidas*, que exige, necesariamente, la obligación de organizar la sociedad de tal manera que las pérdidas, cuando se produzcan, sean identificadas con la mayor celeridad, es decir, en un deber de vigilancia a lo largo de todo el ejercicio que permita saber si se están produciendo tales pérdidas. El grado de diligencia exigido en relación con el deber expuesto dependerá de las circunstancias propias de la sociedad (v. gr., dimensiones o complejidad de la organización)¹⁷. Además, los administradores que, a título individual, tengan conocimiento de la pérdida, ya sea a través de delegados o personalmente, deberán informar inmediatamente al pleno del órgano de administración¹⁸.

Por último, en tanto que la asamblea debe convocarse *sin demora*, el órgano de administración deberá reunirse también *sin demora* con la finalidad de estudiar las

¹⁴ Para la SRL esta cuestión se regula de manera similar en el art 2482-bis c.c.

¹⁵ En la SPA, *«gli amministratori o il consiglio di gestione, e nel caso di loro inerzia il collegio sindacale ovvero il consiglio di sorveglianza»*. En la SRL, *«gli amministratori»*.

¹⁶ Vid., por todos, NOBILI, R./SPOLIDORO, M.S., «La riduzione di capitale sociale», en COLOMBO, G.E./PORTALE, G.B. (dir.), *Trattato delle società per azioni*, T. 6, UTET, Torino, 1994, p. 335.

¹⁷ Vid., *infra*, Parte Primera, Capítulo III.

¹⁸ NOBILI, R./SPOLIDORO, M.S., *op. cit.*, p. 336.

medidas oportunas a tomar¹⁹. En dicha asamblea, los administradores presentarán una *relazione sulla situazione patrimoniale della società*, documento aprobado de manera colegiada por el órgano de administración que expresará de forma expositiva la opinión del mismo en relación con la situación patrimonial concretada en las pérdidas. En tanto para determinar tal pérdida es necesario examinar un balance completo, la doctrina considera que la base para la elaboración del documento habrá de ser un balance, de ejercicio o extraordinario. Es conveniente destacar que el hecho de que sea preciso un balance para realizar la *relazione* no debe confundirse con que sea necesario la existencia de un balance para la constatación de la exigencia de pérdidas, matización especialmente relevante a efectos de responsabilidad²⁰.

1.2.2. Las pérdidas como causa de disolución de la sociedad en Derecho italiano

El artículo 2447 c.c., bajo la rúbrica «*Riduzione del capitale sociale al di sotto del limite legale*», establece para las sociedades anónimas que si como consecuencia de la existencia de pérdidas de más de un tercio del capital²¹, éste se reduce por debajo del mínimo legalmente establecido²², el órgano de administración deben convocar de inmediato una asamblea que habrá de deliberar sobre la reducción de capital y su aumento simultáneo a una cifra no inferior al referido mínimo, o la transformación de la sociedad²³.

Como se puede apreciar, a diferencia de lo que sucede en nuestro ordenamiento²⁴, las pérdidas establecidas en el artículo 2447 c.c.²⁵ requieren la concurrencia de dos

¹⁹ En el caso de no realizar una convocatoria tempestiva, los administradores pueden ser considerados responsables hacia la sociedad *ex art.* 2393 c.c., NOBILI, R./SPOLIDORO, M.S., *op. cit.*, pp. 337, 339.

²⁰ NOBILI, R./SPOLIDORO, M.S., *op. cit.* pp. 337, 341 ss.

²¹ El capital al que se hace referencia es el capital social y la pérdida se determina conforme los criterios propios del balance de ejercicio (NOBILI, R./SPOLIDORO, M.S., *op. cit.*, pp. 374-375).

²² El capital mínimo es de 120.000 € en el caso de la SPA, (art. 2327 c.c.) y 10.000 € en el caso de la SRL (art. 2463, p. 2, n° 4, c.c.).

²³ En la SPA, «*gli amministratori o il consiglio di gestione e, in caso di loro inerzia, il consiglio di sorveglianza*». En la SRL, la norma equivalente es el art. 2482-ter c.c., que regula esta situación de manera similar, con las particularidades propias del tipo societario y de su órgano de administración («*gli amministratori*»), sobre quien recae el deber.

²⁴ Como sabemos, el art. 363.1 LSC establece, entre otras causas, la obligación de disolución de las sociedades de capital: «(e) por pérdidas que dejen reducido el patrimonio neto a una cantidad inferior a la mitad del capital social, a no ser que éste se aumente o se reduzca en la medida suficiente, y siempre que no sea procedente solicitar la declaración de concurso», y «(f) por reducción del capital social por debajo del mínimo legal, que no sea consecuencia del cumplimiento de una ley». Son causas distintas, suficientes en sí mismas para generar la obligación, sin que sea necesario que concurran.

requisitos: la pérdida debe ser de más de un tercio del capital social pero, *además*, dicha pérdida tiene que suponer una reducción del capital social por debajo del límite legal. Como ha subrayado la doctrina, la norma sólo se aplica si concurren ambos requisitos. Por tanto, las pérdidas iguales o inferiores a un tercio del capital, aunque reduzcan el mismo por debajo del mínimo legal, no implican la reducción obligatoria de la cifra de capital ni imponen a los administradores la obligación de convocar asamblea²⁶.

Finalmente, para una completa comprensión de la materia, es necesario analizar los referidos artículos 2447 y 2482-ter c.c. en relación con el art. 2484 p.1 n° 4 del mismo texto legal, que establece como causa de disolución «*la riduzione del capitale al disotto del minimo legale, salvo quanto è disposto dagli articoli 2447 e 2482-ter*».

Por tanto, es necesario realizar una lectura coordinada del precepto y de los mencionados 2447 y 2482-ter c.c., lo que permite concluir que este tipo de pérdidas exigen la disolución de la sociedad, *siempre y cuando* no se tomen las medidas previstas en los artículos 2447 y 2482-ter c.c.²⁷

2. Las pérdidas en Derecho español

2.1. Reducción del capital social por pérdidas como posible indicador del conocimiento de la situación de crisis

La *reducción por pérdidas* se encuentra regulada en los artículos 320 a 327 (ambos inclusive) de la LSC²⁸. La finalidad de este supuesto de reducción consiste, como dispone la Ley, en «el restablecimiento del equilibrio entre el capital y el patrimonio neto de la sociedad disminuido por consecuencia de pérdidas» (cfr. art. 317 LSC)²⁹.

²⁵ De manera similar para las SRL en el art. 2482-ter c.c.

²⁶ Por todos, NOBILI, R./SPOLIDORO, M.S., *op. cit.*, pp. 373-375, esp. nota 3.

²⁷ La interpretación literal y no coordinada de la referida normativa conduciría a que la sociedad tuviera que disolverse o realizar una operación de reducción y aumento simultáneo de capital cada vez que su capital fuera inferior al mínimo legal; interpretación que se considera contraria al propósito de la Ley, que entiende que este tipo de pérdidas se pueden tratar de un «evento fisiológico» dentro de la vida de la empresa, por tanto, tolerable. En este sentido, *vid.*, por todos, NOBILI, R./SPOLIDORO, M.S., *loc. cit.*

²⁸ Ya en vigencia de la LSC, por todos, ESPÍN GUTIÉRREZ, C., «Comentario a los artículos 320 a 327», en ROJO, A./BELTRÁN, E. (dirs.), *Comentario de la Ley de Sociedades de Capital*, T. II, Civitas, Navarra, 2011, pp. 2360-2380.

²⁹ ESPÍN GUTIÉRREZ, C., *op. cit.*, pp. 2361-2362: «La función económica de esta modalidad de reducción del capital entronca con el llamado principio de correspondencia mínima entre el capital social y el patrimonio neto. Con esta reducción se pretende adecuar el importe del capital social a su significado como cifra de retención patrimonial, que ya no cumple como consecuencia de las pérdidas sufridas».

En el caso específico de la SA, la reducción por pérdidas resulta *obligatoria* en el supuesto de que «las pérdidas hayan disminuido su patrimonio neto por debajo de las dos terceras partes de la cifra de capital y hubiere transcurrido un ejercicio social sin haberse recuperado el patrimonio neto» (cfr. art. 327 LSC). En consecuencia, la obligatoriedad nace de la concurrencia de dos supuestos: que la sociedad anónima sufra pérdidas por valor de más de un tercio del capital social y que esta situación persista durante más de un ejercicio social³⁰.

El artículo 322 LSC está rubricado «Presupuesto de la reducción del capital social», y dispone que en la SRL no se podrá reducir capital por pérdidas en tanto se disponga de cualquier clase de reservas (art. 322.1 LSC) ni en la SA mientras se disponga de cualquier clase de reservas voluntarias o cuando la reserva legal, producida la reducción, excediera del diez por ciento del capital. La rúbrica podría resultar un tanto confusa, porque, consideramos, no establece el presupuesto de la reducción por pérdidas, sino que ayuda a precisar dicho presupuesto, que no deja de ser otro que la existencia de pérdidas que hayan producido un desequilibrio entre patrimonio neto y capital social al no alcanzar el primero la cifra del segundo.

Así, para determinar la posibilidad de realizar una reducción de esta índole es necesario concretar los conceptos de «pérdidas» y «patrimonio neto». El concepto legal de «pérdidas» aquí referido englobará tanto las de explotación como las que no lo son (art. 35.2 Cdc). Por su parte y a estos efectos se considera patrimonio neto al importe que se califique como tal conforme a los criterios para confeccionar las cuentas anuales, incrementado en el importe del capital social suscrito no exigido, así como en el importe del nominal y de las primas de emisión o asunción del capital social suscrito que esté registrado contablemente como pasivo. No se consideran patrimonio neto los ajustes por cambios de valor originados en operaciones de cobertura de flujos de efectivo pendientes de imputar a la cuenta de pérdidas y ganancias [cfr. art. 36.1 c) Cdc]³¹.

En cuanto al balance que ha de servir de base para la reducción por pérdidas, y, en consecuencia, de prueba del desequilibrio patrimonial, establece la Ley que habrá de estar referido a una fecha comprendida en los seis meses inmediatamente anteriores al

³⁰ ESPÍN GUTIÉRREZ, C., *op. cit.*, p. 2378, hace referencia a la concurrencia de dos factores, uno de carácter cuantitativo y otro de carácter temporal.

³¹ Con referencia al Plan General Contable, cfr. ESPÍN GUTIÉRREZ, C., *op. cit.*, p. 2368. Asimismo, VALPUESTA GASTAMINZA, E., *Comentarios a la Ley de Sociedades de Capital*, Bosch, Barcelona, 2013, p. 889.

acuerdo, verificado por el auditor de cuentas anuales de la sociedad o, en el supuesto de no haber obligación de auditoría, por un auditor nombrado por los administradores sociales, y aprobado por la Junta General (art. 323.1 LC)³².

Deteniéndonos en las pérdidas, es necesario mencionar varias cuestiones. En primer lugar, teniendo en cuenta la regulación de la disolución por pérdidas [vid. art. 363.1 e) LSC] el ámbito de aplicación de esta operación está limitado a supuestos en que las pérdidas dejen reducido el patrimonio neto por debajo de la cifra de capital social, pero siempre y cuando no lo dejen reducido a una cantidad inferior a la mitad del mismo³³. En segundo lugar, en cuanto a si las pérdidas tienen que concurrir durante todo el ejercicio social, parece evidente que una recuperación momentánea no evita la obligatoriedad de la reducción. La cuestión resulta más complicada cuando la recuperación se produce entre la elaboración del segundo balance de ejercicio y la aprobación del mismo, hipótesis ante la cual, a pesar de la literalidad del precepto, parece que debe entenderse que ya no es obligatoria la realización de la operación. Por último, «[n]o es preciso el restablecimiento pleno del equilibrio patrimonial para que la reducción deje de ser obligatoria, basta con que el patrimonio neto sea igual o superior a las dos terceras partes de la cifra de capital»³⁴.

La mención a que las pérdidas concurren «durante más de un ejercicio social» merece también ser explicada. Por una parte, se ha dicho que «[e]l legislador utiliza la expresión ejercicio social y no anualidad, por lo tanto habrá de atenerse a ese período de doce meses marcado por la obligación de formular cuentas anuales (art. 34.1 Cdc y Plan General de Contabilidad, Tercera Parte 1.2ª)». Esta interpretación parece hacer necesaria la existencia de dos balances de ejercicio, revelándose las pérdidas en el primero de ellos y comprobándose la persistencia de las mismas en el segundo³⁵. Pero,

³² ESPÍN GUTIÉRREZ, C., *op. cit.*, p. 2371: «El balance pondrá de manifiesto ese desequilibrio patrimonial y en concreto reflejará los importes del capital social, de las pérdidas, de la reserva legal y la ausencia de reservas voluntarias. La verificación contable por el auditor servirá para acreditar la existencia de esta situación y esos requisitos. (...) El “balance que sirve de base a la operación” no necesariamente debe ser el balance de ejercicio, sino que puede ser otro cualquiera, correspondiente a fecha distinta (RDGRN 31.3.1993) (...)».

³³ El régimen es aplicable aunque la reducción no sea obligatoria. Expresamente, VALPUESTA GASTAMINZA, E., *op. cit.*, p. 889-890.

³⁴ ESPÍN GUTIÉRREZ, C., *op. cit.*, pp. 2378-2379.

³⁵ Así, ESPÍN GUTIÉRREZ, C., *op. cit.*, p. 2378: «Todo ello deberá constar en dos balances aprobados por las juntas generales ordinarias, en los que aparezca un déficit de recursos propios que, en ambos casos, exceda de un tercio del valor del capital. La exigencia de auditoría (art. 323) sólo se referirá al último

además, y para nuestro estudio, lo más relevante, es, precisamente, que no se trata de pérdidas puntuales, sino de una situación de pérdidas (crisis, podríamos decir) cuya relevancia jurídica se deriva, precisamente, de su persistencia. Lo grave no es la existencia de una situación puntual de dificultad, sino el pronóstico negativo que se constata ante la falta de recuperación en el plazo temporal que determina la Ley.

En consecuencia, desde que se constata la existencia de pérdidas en balance, se puede exigir al administrador que se mantenga especialmente alerta ante la situación de dificultad que pueda estar atravesando la sociedad. Y resulta también exigible que preste especial atención a los balances intermedios, analizando o siendo informado de cuál es la tendencia que se aprecia en dichos balances. En cualquier caso, desde que se constata la existencia de pérdidas (sean o no suficientes para, en la SA, exigir la reducción obligatoria) y aunque no sean lo suficientemente relevantes como para activar deberes disolutorios, el administrador conoce el posible estado de crisis, cuya realidad, como se acaba de decir, se comprobará a la vista de la tendencia que se aprecie en los siguientes balances.

Finalmente, una mención a efectos de responsabilidad de administradores derivada de la no realización de la operación de reducción por pérdidas en el supuesto de ser obligatoria; bien por falta de convocatoria de la Junta, de celebración de la misma o por falta de adopción por ésta del acuerdo. Cuando la no realización de la reducción produzca un daño, bien al patrimonio social, bien de manera directa al patrimonio de socios o terceros, sería posible el ejercicio de la acción social o la acción individual³⁶. A priori parece complicado el supuesto de daño al patrimonio social, al menos como consecuencia directa de la falta de reducción. Podría plantearse, en cambio, la posibilidad de que la falta de reducción produjera una lesión en un tercero que éste reclamara a la sociedad y la sociedad repitiera a su vez contra los administradores la cantidad abonada al tercero. En cambio, parece más factible el recurso a la acción

balance y el auditor al hacer su informe especial para esta modalidad de reducción tendrá que tener en cuenta la veracidad de los presupuestos en que se base».

³⁶ Los administradores tienen el deber de convocar la Junta, así como la Junta de aprobar la reducción. En el supuesto de que los administradores no convoquen, *cualquier socio, independientemente de su participación en el patrimonio social*, podrá requerir a los administradores para que convoquen, si aún así no convocaran, podría, *cualquier socio*, solicitar la convocatoria judicial. Por último, «si la junta no adopta un acuerdo que la ley le manda adoptar, el acuerdo negativo será un acuerdo contrario a la ley y caerá dentro del supuesto de impugnación». Por todos, GARRIGUES, J./URÍA, R., Comentario a la Ley de Sociedades Anónimas, T. II, Aguirre ed., Madrid, 1976, p. 350.

individual vinculada a la contratación con sociedad en crisis, en tanto la ausencia de la reducción impide mantener el equilibrio cifra de capital-patrimonio neto, equilibrio en que el tercero tiene derecho a confiar, teniendo en cuenta la función de *cifra de retención* que nuestro ordenamiento otorga al capital social³⁷.

2.2. Pérdidas cualificadas en Derecho español como indicador de la existencia de un estado de crisis

El actual artículo 363 letra e) LSC dispone como causa de disolución de las sociedades de capital las «pérdidas que dejen reducido el patrimonio neto³⁸ a una cantidad inferior a la mitad del capital social³⁹, a no ser que éste se aumente o se reduzca en la medida suficiente⁴⁰ y siempre que no sea procedente solicitar la declaración de concurso^{41»}⁴².

³⁷ Por todos, GIRÓN TENA, J., *Derecho de sociedades anónimas (Según la Ley de 17 de julio de 1951)*, Publicaciones de los Seminarios de la Facultad de Derecho, Valladolid, 1952, p. 51: «La Ley española, siguiendo a las legislaciones continentales, destaca la función de *garantía mínima* para los acreedores que se obtiene, asignándole técnicamente el carácter de *cifra de retención* sobre el movimiento patrimonial de la Sociedad».

³⁸ El art. 260.1.4º LSA establecía que: «La sociedad anónima se disolverá (...) Por consecuencia de pérdidas que dejen reducido el patrimonio neto a una cantidad inferior a la mitad del capital social, a no ser que éste se aumente o se reduzca en la medida suficiente, y siempre que no sea procedente solicitar la declaración de concurso conforme a lo dispuesto en la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal». El art. 104.1 e) LSRL disponía, por su parte, que: «La sociedad de responsabilidad limitada se disolverá (...) Por consecuencia de pérdidas que dejen reducido el patrimonio neto a una cantidad inferior a la mitad del capital social, a no ser que éste se aumente o se reduzca en la medida suficiente, y siempre que no sea procedente solicitar la declaración de concurso conforme a lo dispuesto en la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal».

La LSC corrige un error de la legislación anterior apuntado por la doctrina, al concretar que el patrimonio al que se hace referencia es el *neto*. El derogado art. 260.1.4º LSA simplemente hacía referencia al *patrimonio*, mientras que en el derogado art. 104.1 e) LSRL se hacía referencia al *patrimonio contable*. Vid., por todos, en relación con esta cuestión antes de la promulgación de la LSC, BELTRÁN SÁNCHEZ, E., *La disolución de la sociedad anónima*, Civitas, 2ª ed., Madrid, 1997, pp. 118-119 [«El hecho de que los textos legales utilicen términos distintos para la determinación de la situación patrimonial de la sociedad en los casos de reducción del capital y de disolución (“patrimonio” en el art. 260 LSA; “haber” en el art. 163 LSA; “patrimonio contable” en los arts. 79 y 104 LSRL) y las dudas suscitadas sobre los criterios para determinar la existencia de pérdidas han llevado al ICAC a dictar una resolución (con fecha 20-XII-1996, publicada en el BOE de 4-III-1997), en la que –junto con la fijación de criterios para la resolución de otras cuestiones dudosas– se indica que todos esos términos hacen referencia a un mismo concepto, que podría denominarse “valor patrimonial de la empresa”, y que su cuantificación “deberá realizarse teniendo como base las magnitudes contenidas en las cuentas anuales de las empresas, y más concretamente, en el balance”»]; DE EIZAGUIRRE BERMEJO, J.Mª., «Comentario al artículo 260», en DE EIZAGUIRRE, J.Mª. /DE ANGULO RODRÍGUEZ, L., *Disolución y Liquidación. Obligaciones*, en SÁNCHEZ CALERO, F. (dir.), *Comentarios a la Ley de Sociedades Anónimas*, T. VIII, EDESA, Madrid, 1993, pp. 42-43; DE EIZAGUIRRE BERMEJO, J.Mª., *La disolución de la sociedad de responsabilidad limitada*, Civitas, Madrid, 2000, pp. 58-59.

³⁹ Entre otros, expresivamente, PÉREZ MILLÁN, D., «Causa de disolución por pérdidas y presupuesto objetivo de la declaración de concurso de sociedades de capital», en AAVV, *Gobierno Corporativo y Crisis Empresariales (II Seminario Harvard-Complutense de Derecho Mercantil)*, Marcial Pons, Madrid,

La causa de disolución por pérdidas responde a la existencia de «una situación de desequilibrio entre el capital social y el *patrimonio neto* de la sociedad, caracterizada por el hecho de que, por consecuencia de pérdidas, no compensables en su caso con reservas, la suma de valor de los elementos integrantes del activo social (*patrimonio social, patrimonio bruto*), deducidas las deudas que sobre aquél pesan, no alcance a cubrir la mitad del valor nominal del capital»⁴³.

La disolución por existencia de pérdidas cualificadas es una manifestación de la función de garantía del capital social⁴⁴. Pero se considera que tiene también una finalidad *preconcursoal* o de prevención de la insolvencia⁴⁵, tal es la de evitar que las sociedades

2006, p. 202: «En cuanto al capital, no hay dudas de que se trata del capital suscrito, y no del capital desembolsado».

⁴⁰ Se observa que la Ley dispone la remoción de la situación de pérdidas como excluyente de la causa de disolución. A los efectos de articular las operaciones destinadas a la remoción de la causa, será necesario tener en cuenta lo dispuesto en el art. 365.2 LSC. Como se desprende del mismo, las operaciones destinadas a la remoción de la situación de pérdidas deberán constar en el orden del día de la Junta, que acordará la realización de dichas operaciones o la conveniencia de la disolución o concurso de la sociedad. No parece, por tanto, que una vez concurrente la causa de disolución por pérdidas la realización de operaciones destinadas a la eliminación de la misma pudiera adoptarse sin la intervención de la Junta (todo ello a salvo lo que expondrá si la situación de pérdidas viene acompañada de insolvencia concursal, *vid., infra*, Parte Segunda, Capítulos II y III). La Junta tiene una finalidad informativa de la situación de crisis a los socios, a quienes no debe ser ocultada.

⁴¹ El inciso «siempre que no sea procedente solicitar la declaración de concurso» nos ubica en una insuficiencia patrimonial que, a pesar de centrarse en el balance y no en la capacidad de pago, parece ubicar necesariamente a la sociedad en el plano de la insolvencia inminente. En este sentido, entre otras obras, PULGAR EZQUERRA, J., *La declaración del concurso de acreedores*, La Ley, Madrid, 2005, p. 383. Es importante, sin embargo, no confundir esta situación con la *insolvencia actual*, como ya recordaba BELTRÁN SÁNCHEZ, E., «Pérdidas y responsabilidad de los administradores», *RDM*, 205/1992, pp. 484-485.

⁴² Para una concisa exposición de los antecedentes legislativos de la norma, cfr. PÉREZ MILLÁN, D., «Causa de disolución por pérdidas...», *cit.*, pp. 201-202.

⁴³ DE EIZAGUIRRE BERMEJO, J.Mª., *La disolución...*, *cit.*, p. 58.

⁴⁴ Por todos, MACHADO PLAZAS, J., *Pérdida del capital social y responsabilidad de los administradores por las deudas sociales*, Civitas, Madrid, 1997, pp. 181-186. Recientemente, entre otros, BATALLER GRAU, J., «Comentario al artículo 363», en ROJO, A./BELTRÁN, E. (dirs.), *Comentario de la Ley de Sociedades de Capital*, T. II, Civitas, Navarra, 2011, p. 2555.

⁴⁵ Así, por ejemplo, BELTRÁN SÁNCHEZ, E., *La disolución de la sociedad anónima*, *cit.*, p. 115; DE EIZAGUIRRE BERMEJO, J.Mª., *La disolución...*, *cit.*, p. 57; MACHADO PLAZAS, J., *Pérdida del capital social...*, *cit.*, p. 185; BATALLER GRAU, J., «Comentario al artículo 363», *cit.*, p. 2556. En el sentido de que dicha función se vio acentuada por la modificación de la normativa societaria operada por la Ley concursal, MACHADO PLAZAS, J., «Comentario a la Disposición Final Vigésima», en FERNÁNDEZ-BALLESTEROS (coord.), *Proceso Concursal Práctico (Comentarios a la nueva Ley Concursal)*, Irgium, Madrid, 2004, p. 1022. Por otra parte, criticando que dicha función preventiva se articulara en sede societaria y no concursal, ALONSO UREBA, A., «La responsabilidad concursal de los administradores de una sociedad de capital en situación concursal (el art. 172.3 de la Ley Concursal y sus relaciones con las acciones societarias de responsabilidad)», en GARCÍA VILLAVEVERDE, R./ALONSO UREBA, A./PULGAR EZQUERRA, J. (dirs.), *Derecho Concursal. Estudio Sistemático de la Ley 22/2003 y de la Ley 8/2003 para la Reforma Concursal*, Dilex, Madrid, 2003, pp. 569-570. Crítica con la capacidad de esta tipo de estructuras para servir de medio de protección de los acreedores, ALONSO LEDESMA, C., «Derecho de

descapitalizadas continúen operando en el tráfico, al exigir, o bien la remoción de la causa, o bien la disolución. En definitiva, *indica la existencia de un estado de crisis*.

Asimismo, la norma cumple, indiscutiblemente, una función informativa a los socios de la situación de crisis empresarial. Según lo establecido en el artículo 365.2 LSC, la Junta General es la depositaria de la capacidad de optar entre la disolución de la sociedad o la remoción de la causa de disolución⁴⁶. Esta capacidad decisoria de la Junta es expresión de la intención del legislador de que los socios no continúen desinformados de la crisis y, además, decidan cuál ha de ser el futuro de la sociedad.

Centrándonos en la función o finalidad preconcursal de la norma que a nuestro estudio especialmente interesa por su capacidad de alertar de la concurrencia de una situación de crisis empresarial, la eficacia de la misma reside en el establecimiento, en primer lugar, de un deber legal vinculado a la existencia de la causa y, en segundo lugar, de una responsabilidad derivada del incumplimiento de dicho deber⁴⁷.

En concreto, la existencia de una causa de disolución y, específicamente, de la causa de existencia de pérdidas cualificadas, produce el nacimiento de un deber legal de convocatoria de la Junta General (cfr. art. 365 LSC). Así, concurriendo la situación de pérdidas cualificadas, los administradores deberán convocar la Junta para que decida sobre la conveniencia de disolver la sociedad o eliminar la causa, siempre y cuando no sea procedente la solicitud de concurso. En un segundo estadio, el sistema adquiere su máxima efectividad como medio de prevención de la crisis concursal en tanto el incumplimiento del deber de convocatoria produce la responsabilidad de los

sociedades vs. Derecho concursal...», *cit.*, p. 95 («la pérdida de capital no tiene una estrecha relación con la solvencia de la sociedad y ni siquiera con su valor de mercado: una sociedad que ha perdido una parte significativa de su capital puede ser del todo solvente y, al contrario, puede ser insolvente aun no habiendo perdido el capital, de manera que la pérdida del capital es cosa bien distinta del estado de insolvencia o de insolvencia inminente de la sociedad y, por tanto, ni siquiera esa pérdida patrimonial puede cumplir la función de señal de alarma que se le ha querido asignar»).

⁴⁶ De nuevo, es necesario recordar que esta *opción* sólo es tal cuando no sea pertinente la solicitud de concurso. Por tanto, sólo cabe si la sociedad, a pesar de su situación de pérdidas cualificadas, aún no se encuentra en situación de insolvencia actual. En cuanto a la situación de insolvencia inminente y la capacidad de los administradores de decidir unilateralmente la conveniencia de la declaración de concurso, *vid.*, *infra*, Parte Segunda, Capítulo III, C, 2.1.

⁴⁷ Las cuestiones específicas vinculadas al deber de convocatoria de la Junta que ha de acordar la disolución, así como la responsabilidad derivada de su incumplimiento, se tratarán en la Parte Segunda, Capítulo II. Aquí nos limitamos a estudiar el fenómeno de las pérdidas cualificadas como *posible indicador del estado de crisis*.

administradores por las obligaciones posteriores al acaecimiento de la causa de disolución⁴⁸.

Sin embargo, la eficacia de esta función preconcursal resulta restringida, esencialmente, por la falta de precisión normativa a la hora de establecer dos elementos: (1) cuándo nace el deber y (2) cómo se constata la concurrencia de la causa de disolución y el conocimiento de la misma –o desconocimiento negligente– por parte de los administradores. Ello limita la capacidad preventiva de este sistema⁴⁹.

Además, se ha señalado como otra circunstancia limitadora de su eficacia como *sistema de alarma de la crisis* el hecho de que «opera en un contexto muy acusado de infracapitalización, entendida como desproporción entre patrimonio real y patrimonio de responsabilidad o capital»⁵⁰. Compartimos la opinión de que la existencia de pérdidas cualificadas, a pesar de ser un *indicador de la existencia de un estado de crisis*, resulta un parámetro que se manifiesta en un estadio demasiado tardío.

Dicho lo anterior, la limitación del indicador de la existencia del estado de crisis «pérdidas cualificadas» no deberá impedir considerar la concurrencia de las mismas como una presunción judicial de conocimiento por parte de los administradores de la crisis de la sociedad. Por tanto, toda operación que se produzca con posterioridad a que los administradores conocieran o debieran haber conocido la situación de especial gravedad en que se encontraba la sociedad, se habrá de enjuiciar conforme a la *diligencia cualificada que la crisis exige*. En línea con esta tesis, habremos de considerar, además, irrelevante a nuestros efectos que se haya cumplido o no el plazo de dos meses que la Ley dispone para la convocatoria de la Junta que habrá

⁴⁸ Recuerda BELTRÁN SÁNCHEZ, E., «Pérdidas y responsabilidad de los administradores», *RDM*, 205/1992, pp. 484-485, que es un equívoco grave «identificar la causa de disolución consistente en las pérdidas cualificadas con la insolvencia de la sociedad: cuando las causas de disolución concurrente sean las pérdidas cualificadas, el deber de los administradores de convocar junta y la consiguiente sanción por incumplimiento no se imponen para cubrir la insolvencia de la sociedad, que no tiene por qué existir, sino para *impedir que llegue a producirse*, es decir, para evitar que una situación de patrimonio neto positivo (pérdida de la mitad del capital; pero obviamente, activo mayor que pasivo) derive en una situación de patrimonio neto negativo (insolvencia; activo menor que pasivo). La imposición de responsabilidad a los administradores no es una consecuencia de la insolvencia –y mucho menos del impago de una obligación social–, sino una *medida preventiva* de esa insolvencia: si en una situación grave, pero en la que todavía hay solvencia, se obliga a la sociedad a disolver o a adoptar una medida alternativa, bajo la amenaza a los administradores de responder de las obligaciones sociales, parece evidente que se evitarán muchos procedimientos concursales. Este y no otro es el significado *preconcursal* del sistema legal».

⁴⁹ Sobre esta cuestión, ampliamente, *vid., infra*, Parte Segunda, Capítulo II.

⁵⁰ DE EIZAGUIRRE BERMEJO, J.Mª., *La disolución...*, cit., p. 57, que explica que en ese momento el margen de maniobra de los administradores ya es mínimo.

de convocar la disolución. En tanto los administradores conozcan o debieran haber conocido la situación de pérdidas cualificadas, habrán de comportarse con la diligencia que dicho estado exige, tanto hacia la sociedad y los socios como hacia los terceros⁵¹.

C. La insolvencia como segundo parámetro tradicional para la determinación del estado de crisis

1. Derecho comparado

1.1. El concepto de insolvencia en EEUU⁵²

Las distintas jurisdicciones estadounidenses admiten, de manera generalizada, dos métodos para la determinación de la insolvencia: el *balance sheet insolvency test* y el *equitable insolvency test*⁵³.

Tradicionalmente, el *balance sheet test* define la insolvencia como la situación financiera del deudor en la que sus obligaciones son superiores a los activos que posee para hacer frente a los mismos⁵⁴. Este es el método que utiliza el *Bankruptcy Code*, que dispone que la insolvencia es la condición financiera en la que la suma de las deudas es mayor que el valor de los activos, «*at a fair valuation*». A pesar de su importancia, el *Bankruptcy Code* no define lo que ha de considerarse una valoración justa, por lo que ha sido la Jurisprudencia la que ha definido los criterios que se han de emplear para realizar dicha valoración; el más relevante, la necesidad de decidir si los activos del deudor se valorarán según el criterio de empresa en funcionamiento (*going-concern basis*) o de empresa en liquidación (*liquidation basis*)⁵⁵.

⁵¹ Dice MIOLA, M., «Tutela de los acreedores...», *cit.*, p. 61: «la verificación de una causa de disolución, antes incluso de la apertura formal de la liquidación, puede conectarse fácilmente con el nacimiento a cargo de los administradores de deberes específicos de gestión y *standards* de conducta, orientados a la conservación del patrimonio social y, por tanto, a tutelar a los acreedores frente a decisiones arriesgadas, limitando la discrecionalidad en la gestión, y, por tanto, la operatividad de la *business judgement rule*». Sobre esta cuestión, *vid.*, *infra*, Parte Primera, Capítulo III, E.

⁵² Nos hemos encargado de esta cuestión en RECAMÁN GRAÑA, E. «Los deberes de los administradores sociales en situación de crisis empresarial en el marco norteamericano», *RDCP*, 17/2012, pp. 315-316.

⁵³ Ya una sentencia antigua reconoció estos diferentes métodos de determinar la insolvencia, refiriéndose a la *technical insolvency* como la carencia de los recursos necesarios para atender a las necesidades presentes y a la *absolute insolvency (balance sheet)* como la situación en que se debe más dinero del que los activos disponibles podrán pagar. *Vid. Hoagland v. U.S. Trust Co.*, 160 A. 662, 665 (N.J. Ch. 1932).

⁵⁴ Por ejemplo, GOLDSTEIN, M.L./COHEN, S.E., «Fiduciary Duties of Directors of an Insolvent Corporation», *ALI-ABA Course of Study*, June 27-29, 2002, p. 202.

⁵⁵ Para la cuestión de la valoración de activos se ha recurrido principalmente a BOLTON, J.C., «What is a "Fair Valuation"??», *ABI Committee News*, Volume 4, Number 1, January 2007,

El principal inconveniente que presenta esta definición de la insolvencia es, precisamente, la falta de seguridad jurídica con la que se enfrentan los administradores societarios a la hora de seleccionar qué criterios han de aplicar para valorar la situación patrimonial de la empresa mientras no se inicia el procedimiento concursal⁵⁶.

Por su parte, el *equitable insolvency test* define la insolvencia como la incapacidad de hacer frente al pago de las deudas según devienen vencidas y exigibles en el curso ordinario de la gestión⁵⁷. Por tanto, este test no tiene en cuenta el balance, centrándose en la capacidad de pago del deudor⁵⁸. Se ha defendido que la aplicación de este criterio es la más apropiada para la protección de los acreedores, ya que no es necesario conocer la situación financiera de la sociedad, a diferencia de lo que sucede para la aplicación del *balance sheet test*. Es suficiente con que los acreedores sepan si la sociedad ha dejado de hacer frente a sus deudas, lo cual es especialmente sencillo en los casos en que ya estén siendo perjudicados por esa mora en el pago⁵⁹.

<http://www.abiworld.org/committees/newsletters/litigation/vol4num1/FairValuation.html>; KEACH, R.J., «Selected Cases on Valuation Methodology and Confirmation of Plans of Reorganization», *ABI Committee News*, Volume 3, Number 1, January 2005, <http://abiworld.net/newsletter/ynmcnews/vol3num1/cases.html>.

La valoración según la «*going-concern basis*» se realiza en base al valor que podría alcanzarse de la realización por venta de los activos del deudor, si éste dispusiese de un periodo razonable de tiempo para hacerlo. A su vez, el «periodo razonable de tiempo» se define como el que cualquier deudor consideraría normal teniendo en cuenta el periodo de maduración de su actividad, ni tan breve que los activos se devalúen como consecuencia de una venta forzada ni tan amplio que la contraprestación recibida por el acreedor se vea perjudicada como consecuencia del paso del tiempo [*Travellers International AG v. Trans World Airlines Inc. (In re Trans World Airlines Inc.)*, 134 F.3d. 188, 194-195]. Además, según la «*going-concern basis*», del valor total de los activos se debe sustraer el de las deudas vencidas y exigibles así como el de aquellos activos no susceptibles de ser vendidos ordenadamente. También se puede hacer referencia a este método de valoración como el «*fair market value*». Vid. KEACH, R.J., *op. ult. cit.*

En cuanto a la valoración de los activos realizada según la «*liquidation basis*», ésta ha de elaborarse suponiendo una venta acelerada de los mismos en una situación de crisis. La valoración según este estándar suele ser apropiada, por ejemplo, cuando la liquidación del deudor es inminente.

⁵⁶ VARALLO, G.V./FINKELSTEIN, J.A., «Fiduciary Obligations of Directors of the Financially Troubled Company», 48 *Bus. Law*. 239 (1992-1993), p. 245, nota 20.

⁵⁷ Como recuerda LIPSON, J.C., «Director's Duties to Creditors: Power Imbalance and the Financially Distressed Corporation», 50 *UCLA Law Review* 1189 (2003), p. 1232, la aplicación correcta del test exige siempre distinguir la incapacidad de pagos del incumplimiento voluntario. Sobre esta cuestión, en nuestra doctrina, MARÍN DE LA BÁRCENA GARCIMARTÍN, F., «El concepto de interés social como fin de la actividad gestora en la proximidad a la insolvencia», en AAVV, *Gobierno Corporativo y Crisis Empresariales (II Seminario Harvard-Complutense de Derecho Mercantil)*, Marcial Pons, Madrid, 2006, p. 263.

⁵⁸ GOLDSTEIN, M.L./COHEN, S.E., *op. cit.*, p. 202. Junto al *balance sheet test* [MBCA § 6.40 (c) (2)], el *equitable insolvency test* se establece en la MBCA en relación con la validez de la distribución de activos a los socios [MBCA § 6.40 (c) (1)]: «No distribution may be made if, after giving it effect the corporation would not be able to pay its debts as they become due in the usual course of business».

⁵⁹ McDONNELL, S.R., «Geyer v. Ingersoll Publications Co.: Insolvency Shifts Directors' Burden From Shareholders to Creditors», 19 *Del. J. Corp. L.* 177 (1994), pp. 197-198.

1.2. El concepto de insolvencia en el Reino Unido

La legislación británica también recoge dos métodos principales para medir la insolvencia⁶⁰, de manera similar a lo que acontece en el contexto estadounidense. Similares son, también, las críticas que se hacen de cada uno de ellos. El *cash flow test* o *commercial insolvency test* hace referencia a la incapacidad de hacer frente a las obligaciones según devienen vencidas y exigibles [IA s123 (1)(e)], y el *balance sheet test* o *absolute insolvency test* que considera que un sujeto es insolvente cuando el valor de sus obligaciones supera el valor de sus activos [IA s123 (2)]⁶¹. A pesar de estar previstos legalmente, estos dos métodos no son exclusivos⁶².

El *cash flow test* pone el foco de atención, aplicado a las sociedades, en la capacidad o incapacidad del deudor de hacer frente a sus obligaciones mientras continúa con su actividad empresarial. En este caso, el hecho de que el activo supere o no al pasivo es irrelevante. En cambio, según el *balance sheet test* la relevancia reside en si los activos de una compañía son inferiores a sus obligaciones, *taking into account its contingent and prospective liabilities*⁶³. Por tanto, es posible que una compañía sea insolvente en términos de *cash flow* pero sea solvente según el *balance sheet test*, y viceversa, a pesar de que sea frecuente la concurrencia de ambas circunstancias⁶⁴.

Según la doctrina, estos tests adolecen de ciertos defectos. En relación con el *cash flow test*, su sencillez puede llevar aparejada cierta imprecisión, por lo que la determinación de la insolvencia puede resultar finalmente compleja. En cuanto al *balance sheet test*, plantea problemas sobre todo en los supuestos en que no se exige aportación de capital mínimo para la constitución⁶⁵, supuesto en el que la aplicación de este test puede resultar inadecuada⁶⁶.

⁶⁰ Hay que señalar que estos tests de solvencia se pueden aplicar tanto a personas físicas como jurídicas.

⁶¹ Por todos, BIRDS, J., *Boyle & Birds' Company Law*, Jordans, 6th ed., Bristol, 2007, p. 846; DAVIES, P., «Director's Creditor-Regarding Duties in Respect of Trading Decisions Taken in the Vicinity of Insolvency» *European Business Organization Law Review* 7, 2006, p. 311.

⁶² BIRDS, J., *cit.*, p. 846.

⁶³ DAVIES, P., «Legal Capital in Private Companies in Great Britain», *Die Aktiengesellschaft*, 43/1998, p. 348; FINCH, V., *Corporate Insolvency Law: Perspectives and Principles*, 2^a ed., Cambridge University Press, 2009, p. 146.

⁶⁴ Como destaca FINCH, V., *op. ult. cit.*, la existencia de dos métodos distintos para establecer la incapacidad de la sociedad de pagar sus deudas facilita la prueba de la insolvencia, por ejemplo, a los acreedores.

⁶⁵ Este es el caso, por ejemplo, de las *private companies* británicas.

⁶⁶ DAVIES, P., «Director's Creditor-Regarding ...», *cit.*, p. 311.

En cualquier caso, es necesario recordar que, según la legislación británica, no constituye *per se* un ilícito, ni penal ni civil, el mantenimiento de una sociedad insolvente. La insolvencia simplemente legitima al acreedor para el inicio de un procedimiento concursal. Será en ese momento, cuando se analice el comportamiento de los administradores en el periodo de crisis, lo que sí podrá conducir tanto a la revisión de determinadas transacciones realizadas en el periodo preconcursal como a la imposición de sanciones penales o civiles⁶⁷.

1.3. La situación en Italia

1.3.1. El presupuesto para la declaración de concurso en Derecho italiano

Según el artículo 5 de la *Legge fallimentare*⁶⁸, en Derecho italiano el presupuesto de la declaración de concurso es el *estado de insolvencia*⁶⁹. Sin embargo, esta disposición no ofrece una definición de dicho estado, limitándose a establecer que el mismo *se manifiesta* con el incumplimiento u otros actos exteriores que demuestran que el deudor ya no está en situación de satisfacer regularmente sus propias obligaciones⁷⁰.

⁶⁷ DAVIES, P., «Legal Capital...», *cit.*, p. 349.

⁶⁸ **Art. 5 leg. fall.- Stato d'insolvenza**

L'imprenditore che si trova in stato d'insolvenza è dichiarato fallito.

Lo stato d'insolvenza si manifesta con inadempimenti od altri fatti esteriori, i quali dimostrino che il debitore non è più in grado di soddisfare regolarmente le proprie obbligazioni.

⁶⁹ Como puntualiza TERRANOVA, G., «Stato di crisi, stato d'insolvenza, incapacienza patrimoniale», *Dir. Fall.*, 2006, I, p. 547, a pesar de la rúbrica del art. 5 *leg. fall.*, en realidad, el presupuesto objetivo del concurso se encuentra en el segundo inciso del párrafo 2 del citado artículo, por tanto, el estado de insolvencia se produce cuando *el deudor no es capaz de cumplir regularmente con sus obligaciones*. Como expone el autor, el *incumplimiento* a que hace referencia el primer inciso es un posible *indicador* o *manifestación* del estado de insolvencia, pero no produce por sí mismo dicho estado.

⁷⁰ *Vid.*, sobre el concepto de estado de insolvencia, entre otros, FERRO, M., «Il contenuto oggettivo dell'accertamento dell'istruttoria pre-fallimentare: l'insolvenza concorsuale», *Giur. comm.*, 1997, I, p. 843, que lo define como la expresión de un juicio desfavorable sobre la capacidad objetiva de la empresa de cumplir con regularidad y con medios normales sus deudas, a su respectivo vencimiento, encontrándose, por tanto, en una situación de crisis actual, al menos financiera, es decir, con falta de financiación (liquidez) y sin capacidad de renovar la confianza de sus acreedores; BENZI, D., «In tema di stato di insolvenza», *Dir. Fall.*, 2005, II, 99-101, al hilo del comentario de la sentencia de la Corte di Appello di Genova, 28 aprile 2001, explica cuál es la definición de estado de insolvencia consolidada en la jurisprudencia italiana. Así, la sentencia expone que (1) el estado de insolvencia concurre cuando, por la disminución de las condiciones de liquidez y de acceso al crédito necesario para el desarrollo de la actividad, el empresario se encuentra en una situación de incapacidad funcional no transitoria; (2) la insolvencia es una situación objetiva y no transitoria de iliquidez, siendo suficiente que la realización del activo sea difícil o ruinosa; (3) no sería suficiente para la superación de la situación con una moratoria o fraccionamiento en el pago; (4) la definición del estado de insolvencia prescinde de los motivos que han originado la misma. Además, la sentencia afirma que el estado de insolvencia existe cuando concorra, al menos, una de las siguientes condiciones: (5) que el acreedor instantáneo esté en posesión de un título

Nos detendremos en varias cuestiones que plantea la noción de *estado de insolvencia*. En primer lugar, a pesar de que pueda parecer una obviedad, el estado de insolvencia aquí referido es *objetivo*. Es decir, no es insolvente el que no paga -que no tiene por qué ser insolvente, puede simplemente no querer cumplir con sus obligaciones-, sino el que *no puede pagar regularmente sus obligaciones*. Por tanto, lo que se ha de valorar es si el deudor se encuentra en una situación de incapacidad actual de hacer frente a los futuros cumplimientos de sus obligaciones, de manera generalizada⁷¹.

En tanto el presupuesto objetivo del concurso consiste en la incapacidad del deudor para cumplir *regularmente* con sus obligaciones, es de especial importancia definir el elemento de la *regularidad*, cuestión muy discutida por la doctrina. Se ha defendido que con *regularidad* se está haciendo referencia al *elemento temporal del vencimiento de las obligaciones*. En este sentido, cumplimiento regular es el que se realiza en el tiempo debido⁷². También se ha considerado que el requisito de la *regularidad* debiera ser entendido en relación con los *medios de pago utilizados*. Por tanto, existiría cumplimiento regular en tanto se utilizasen *medios propios y normales* en el cumplimiento de las obligaciones⁷³. Asimismo, se ha defendido que la *regularidad* ha

ejecutivo definitivo o (6) que el acreedor instante se encuentre en situación de documentar la existencia de un procedimiento ejecutivo del patrimonio del deudor. Al respecto de esta explicación por parte del Tribunal del estado de insolvencia, el autor apunta una apreciación. Considera que el Tribunal hace referencia en su exposición a dos elementos distintos, aunque relacionados: el *estado de insolvencia* y los *elementos indicadores del estado de insolvencia*. Señala que los números 1 y 2 de la síntesis expuesta harían referencia propiamente al estado de insolvencia, mientras que los números 3, 5 y 6 constituirían posibles síntomas o indicadores de la existencia de un estado de insolvencia. En tal sentido, explica que sería posible que concurriera una situación de insolvencia sin que se presentaran los síntomas expuestos y, viceversa, alguno de los síntomas apuntados sin que ello supusiera la existencia de una situación real de insolvencia del deudor. En cualquier caso, el autor considera que, en relación con el estado de insolvencia, el problema real no se encuentra en la definición misma, sino en la dificultad de su valoración, es decir, en determinar cuándo una situación de iliquidez o de incapacidad financiera no es simplemente transitoria.

⁷¹ Cfr., dentro de las obras ya citadas, FERRO, M., *op. cit.*, pp. 848-849; TERRANOVA, G., *op. cit.*, p. 562.

⁷² Por ejemplo, TERRANOVA, G., *op. cit.*, p. 563, explica que introduciendo el elemento de la regularidad el legislador pretende que la apertura del concurso se vincule, de una manera rigurosa, al comportamiento del deudor.

⁷³ Por todos, SATTA, S., *Diritto fallimentare*, CEDAM, Padova, 1974, p. 39: «*Questa regolarità è da ricondurre ai mezzi normali di pagamento, tratti cioè dalla vita stessa dell'impresa, che in tal modo dimostra la sua vitalità e produttività. Mezzi tratti da alienazioni patrimoniali non sono regolari certamente, e sono anzi uno dei segni più caratteristici dell'insolvenza. Naturalmente la pratica presenta una varietà infinita di situazioni che non sono riconducibili a una figura unitaria, sebbene tutte si riportino alla impotenza di pagare*».

de vincularse con la *idoneidad del patrimonio del deudor para proceder al pago conforme al principio de la par condicio creditorum*⁷⁴.

Mayoritariamente, se considera que la regularidad no ha de tomar sólo en consideración el factor temporal, sino también la normalidad en relación con los medios de pago para determinar la regularidad del cumplimiento. En conclusión, el concepto de insolvencia en la *legge fallimentare* ha de interpretarse como la *imposibilidad de hacer frente a las obligaciones contraídas*, no siendo relevante tanto la *estructura patrimonial* como los *flujos financieros*⁷⁵ y la *liquidez*⁷⁶.

Por último, recordar que, a pesar de lo que se pudiera suponer en un primer momento, el *estado de insolvencia* no guarda una identidad absoluta con el concepto de *insuficiencia patrimonial*. La insuficiencia patrimonial comúnmente se identifica con el exceso de pasivo sobre el activo del patrimonio neto del deudor. Sin embargo, puede suceder que una sociedad sea incapaz de hacer frente a sus obligaciones a pesar de que su patrimonio no se encontrase en tal situación (ejemplo de activos difícilmente liquidables a corto plazo, teniendo deudas de menor entidad que dichos activos, pero inmediatamente exigibles), pudiendo también ocurrir, en sentido contrario, que la sociedad tuviera exceso de pasivo sobre el activo, pero mantuviera su liquidez (por ejemplo, mediante la obtención de crédito)⁷⁷. En definitiva, la *legge fallimentare* ha

⁷⁴ Admitiendo que también se trata de una tesis criticable, pero cuyas críticas no son insalvables, BONSIGNORI, A., «Il fallimento», en GALGANO, F. (dir.), *Trattato di Diritto commerciale e di Diritto pubblico dell'economia*, vol. IX, Cedam, Padova, 1986, pp. 149-153.

⁷⁵ Mientras que los «fondos» se refieren a los elementos patrimoniales en un momento determinado, los «flujos» representan la variación que los fondos sufren en un determinado periodo de tiempo.

⁷⁶ Vid., por ejemplo, RAGUSA MAGGIORE, G., *Istituzioni di Diritto fallimentare*, CEDAM, Padova, 1994, que explica que la insolvencia de la *leg. fall.* puede no coincidir simplemente con el incumplimiento. Es posible que se esté en posición de cumplir, pero de manera ruinosa o de forma anómala. Además, el incumplimiento entendido aisladamente es una situación *estática*, mientras la insolvencia se refiere a una *dinámica patrimonial*, la dinámica relativa al ejercicio de empresa, que se paraliza ante la insolvencia. Si no existe liquidez no es posible continuar con la actividad empresarial, pp. 61-62. También TEDESCHI, G. U., *Manuale del nuovo diritto fallimentare*, CEDAM, Padova, 2006, p. 32; FRASCAROLI SANTI, E., «La regularidad en los pagos como elemento integrante del concepto de insolvencia en el art. 5 de la *legge fallimentare* italiana», *RDCP*, 7/2007, p. 252, que expone que «si es verdad que por “regularidad” se deba entender normalidad y exactitud en el cumplimiento, se debe apoyar a quien entiende que tal concepto se completa sólo con una valoración de conjunto de la actividad de cumplimiento del deudor sobre la base de las consideraciones antes expuestas». En el mismo sentido, recientemente, SCARLINO, D., *Crisi della SPA e doveri degli amministratori*, Università degli Studi di Brescia, Facoltà di Giurisprudenza, 2009, pp. 251-252.

⁷⁷ Los ejemplos son de SCARLINO, D., *op. cit.*, p. 244.

decidido no vincular el *fallimento* al déficit patrimonial (valor patrimonial negativo), sino a la insolvencia de la sociedad⁷⁸.

1.3.2. El estado de crisis en el Derecho italiano

Antes de las recientes reformas legislativas en materia concursal italiana, el presupuesto objetivo tanto para la apertura del *fallimento* (art. 5. *leg. fall.*) como para la admisión de un *concordato preventivo* (art. 160 *leg. fall.*) era el mismo: el estado de insolvencia⁷⁹. El presupuesto objetivo del concordato se modificó pasando a ser el *estado de crisis* mediante Ley 80/2005, de 14 de mayo, de conversión en Ley, con modificaciones, del Decreto Ley de 14 de marzo de 2005, n° 35. Como consecuencia de tal reforma, en la actualidad el artículo 160.1 *leg. fall.* establece que «[l]'imprenditore che si trova in stato di crisi può proporre ai creditori un concordato preventivo (...)».⁸⁰ Además, el *stato di crisi* es el presupuesto para la negociación de un acuerdo de reestructuración de deuda (cfr. art. 182-bis *leg. fall.*).

La definición de estado de crisis ha generado tanta polémica doctrinal como sucedió en su momento con la de estado de insolvencia. Precisamente, el problema interpretativo deriva de que la Ley italiana no ofrece ninguna definición normativa del concepto, limitándose a establecer en el art. 160 p. 3 *leg. fall.* que, a los efectos de la admisión del procedimiento de concordato preventivo, «*per stato di crisi si intende anche lo stato di*

⁷⁸ Según TERRANOVA, G., *op. cit.*, p. 563, ello se demuestra con la introducción por el legislador del elemento de la *regolarità en el pago* en el concepto de insolvencia. Si el legislador hubiera pretendido que la apertura del concurso se vinculara simplemente a la estructura patrimonial de la sociedad, no sería necesaria la introducción del elemento de la regularidad, pudiendo iniciarse el procedimiento cuando, del análisis de la estructura patrimonial del deudor se concluyera, simplemente, la incapacidad de pago del mismo.

⁷⁹ Como explica BOZZA, G., «Le condizioni soggettive ed oggettive del nuovo concordato», en *Fallimento*, 8/2005, p. 952, antes de la reforma, el presupuesto objetivo del concordato era la insolvencia, presentándose, simplemente, como un procedimiento alternativo al *fallimento*, siendo la única diferencia la exigencia de que la insolvencia en el caso del concordato no fuera lo suficientemente grave como para impedir un pronóstico favorable de pago a los acreedores, al menos en el tiempo y cuantía establecidos en la Ley.

⁸⁰ Además, la referida Ley facultó al Gobierno a emprender una reforma integral del Derecho concursal. Dicha reforma se realizó a través de un conjunto de Decretos legislativos. Entre ellos, el Decreto legislativo de 9 de enero de 2006, n° 5 derogó íntegramente el Título IV de la *leg. fall.* relativo a la administración controlada. El presupuesto para la demanda de administración controlada era la «*temporanea difficoltà ad adempiere*», que se identificaba con una suerte de insolvencia reversible (cfr. derogado art. 187.1 *leg. fall.*). La existencia de un presupuesto objetivo propio para la solicitud de administración controlada estaba vinculado con la diferente finalidad del procedimiento. No se trataba de una finalidad liquidatoria, sino de saneamiento (en este sentido, por ejemplo, FORTUNATO, S., «Contabilità e procedure concorsuali», en *Giur. comm.*, 1998, I, p. 533).

insolvenza»⁸¹. Principalmente, la doctrina ha ofrecido dos interpretaciones distintas de este inciso. Una, que el estado de crisis es más amplio que el de insolvencia, incluyendo el primero a esta última⁸². Otra -que parece ser la mayoritaria- que entiende, a pesar de la literalidad de la norma⁸³, que el estado de crisis sería un fenómeno distinto y menos grave que la insolvencia, una especie de situación de *preinsolvenza* o de *riesgo de insolvenza*⁸⁴.

⁸¹ Considera SCARLINO, D., *op. cit.*, p. 280, nota 589, que el legislador italiano debería afrontar la definición del estado de crisis, ya fuera de manera directa o mediante el establecimiento de un sistema de presunciones.

⁸² En cambio, esta parece ser la posición jurisprudencial mayoritaria. *Vid.*, comentando la sentencia del Tribunal de Bari de 25 de noviembre de 2005, JEANTET, L., «L'accordo di ristrutturazione dei debiti e la privatizzazione dell'insolvenza», en *Giur. comm.*, 2007, II, p. 209, donde explica el Tribunal que el estado de crisis de la empresa es un «*stato non meglio definito, ma nel quale possono essere ricomprese tutte quelle situazioni di difficoltà economica e finanziaria dell'impresa, sia che esse si siano già tradotte, sia che non siano ancora tradotte, nello stato di insolvenza irreversibile rilevante ex art. 5 l. fall. L'espressione usata dal legislatore, lungi dall'escludere lo stato di insolvenza, lo ricomprende in sé, ponendosi i concetti di "crisi" e "insolvenza" in rapporto, per l'appunto, di genere a specie*». En el mismo sentido que la sentencia citada, cfr. MANENTE, D., «Non omologabilità degli accordi ex art. 182-bis legge fallim. e procedimento per dichiarazione di fallimento del debitore», en *Dir. Fall.*, 2008, II, 2008, pp. 301-302, nota 9, quien considera que el estado de crisis es un concepto amplio que comprende no sólo la insolvencia, sino una amplia gama de situaciones de dificultad más leves que la propia insolvencia.

⁸³ Considera CASTIELLO D'ANTONIO, A., «Riflessi disciplinari degli accordi di ristrutturazione e dei piani attestati», en *Dir. Fall.*, 2008, I, p. 610, que la norma no pretende incluir el estado de insolvencia en el de crisis, sino que equipara el primero al segundo a *los solos efectos* de admisión del concordato preventivo. Defiende el autor que la opción legislativa «*volta non già a sussumere lo stato di insolvenza entro la nozione di stato di crisi, sia pure in rapporto di species ad genus, bensì a dar luogo ad una equiparazione normativa degli effetti della sussistenza delle distinte tipologie di dissesto ivi contemplate ai soli fini dell'ammissione a C.P.*».

⁸⁴ En este sentido, entre otros, BOZZA, G., *op. cit.*, p. 952, que considera que la modificación de la norma evidencia la intención del legislador de diferenciar el presupuesto objetivo del *fallimento* del presupuesto objetivo del *concordato*; PELLEGRINO, G., «La riforma della legge fallimentare», en *Dir. Fall.*, 2006, I, p. 354 («*tale stato può sussistere anche senza che l'impresa si trovi in uno stato irreversibile di insolvenza, bensì soltanto se versa in una situazione di illiquidità, di difficoltà ad adempiere, di crisi meramente finanziaria o se sussiste il semplice rischio di cadere in stato di insolvenza. Lo scopo è, appunto, di consentire un intervento che possa salvare l'impresa prima che cada in uno stato di decozione*»); JEANTET, L., *op. cit.*, p. 216, que propone, para concretar el concepto acudir a «*le definizioni ricavabili dal progetto di riforma della Commissione Pajardi (i.e. "l'insufficienza dei ricavi ordinari a coprire i costi ordinari della gestione dell'impresa") e da quella istituita dal Ministero della Giustizia in data 27 febbraio 2004 per la stesura dello "Schema di disegno di legge di riforma delle procedure concorsuali" (i.e. "la situazione patrimoniale, economica o finanziaria in cui si trova l'impresa, tale da determinare il rischio di insolvenza")*», con la conseguenza di *poter ritenere integrato il presupposto oggettivo anche in presenza del c.d. pericolo di insolvenza o della c.d. insolvenza imminente*»; VICARI, A., «I finanziamenti delle banche a fini ristrutturativi», en *Giur. comm.*, 2008, I, p. 479 (definiendo el estado de crisis como la «*situazione di difficoltà economica, finanziaria o patrimoniale tale da determinare il rischio di insolvenza*»).

Destacando la intención del legislador de *adelantar*, en la medida de lo posible, la *intervención* en situaciones de crisis empresarial, ALLEGRETTI, F., «Il concordato preventivo rivisato», en *Dir. Fall.*, 2006, I, pp. 880: «*Si ritiene invece che il tentativo del legislatore debba essere ricondotto alla volontà di agevolare quanto più possibile l'intervento sulle crisi d'impresa, in ogni circostanza in cui l'imprenditore ritenga necessario ricercare l'accordo con il ceto creditorio. Per tale ragione, lo stato di crisi deve essere inteso nella sua più ampia accezione, in modo che allo stesso possa ricondursi qualsivoglia*

Por último, existe también una tesis *intermedia*, tal es la que considera el estado de crisis como un estadio previo a la insolvencia y, a su vez, un estado más amplio que el de insolvencia, que la incluye⁸⁵.

En definitiva, si se defiende, como parece ser la opción mayoritaria, que el estado de crisis es un fenómeno menos grave que la insolvencia, se podría concluir que se trata de una situación equiparable al *riesgo de insolvencia*⁸⁶. Este riesgo de insolvencia sería el presupuesto que justificaría la activación de un procedimiento preventivo que permitiera planificar la superación de la situación de crisis, evitando el estado irreversible de la

situazione, che va dalla previsione che l'impresa non sarà in grado nel prossimo futuro di onorare tutti i suoi crediti (...) fino alla condizione di insolvenza (...).

Es interesante la precisión ofrecida por BENZI, D., *op. cit.*, pp. 102-103, que explica que «[l]o squilibrio económico (...) può portare un'impresa all'insolvenza solamente quando è significativo e non temporaneo. Se il fenomeno connesso allo squilibrio economico dovesse perdurare e divenire irreversibile, ancorché l'imprenditore sia ancora in grado di adempiere regolarmente alle proprie obbligazioni (...) potremmo affermare, introducendo un concetto nuovo per il nostro ordinamento e preso a prestito dalla legge tedesca sull'insolvenza, che ci troveremmo di fronte ad una situazione di "pericolo d'insolvenza". È interessante osservare come la situazione di "pericolo d'insolvenza" potrebbe esistere anche in presenza di equilibri economici, patrimoniali e finanziari. Il rischio d'insolvenza potrebbe essere presente anche solamente con la fondata previsione di ridimensionamento del mercato nel quale opera l'impresa oppure di ingresso nello stesso di competitori internazionali in grado di offrire il medesimo prodotto a costi notevolmente inferiori (...).

GUGLIELMUCCI, L., *Diritto fallimentare*, 2ª ed., Giappichelli, Torino, 2007, p. 323. define el riesgo de insolvencia como la situación en la que se encuentra el empresario cuando siendo capaz de pagar las deudas vencidas, es previsible que no pueda pagar las de próximo vencimiento.

⁸⁵ En este sentido, por ejemplo, GIANELLI, G., «Concordato preventivo, accordi di ristrutturazione dei debiti, piani di risanamento dell'impresa nella riforma delle procedure concorsuali. Prime riflessioni», en *Dir. Fall.*, 2005, I, p. 1157, expone: «(...) lo stato di crisi è, in un certo senso, prodromico a quello di insolvenza e, ancora, che la procedura [el concordato preventivo y el acuerdo de reestructuración de deuda] riveste una funzione di composizione preventiva della crisi e non soltanto una funzione liquidatoria dell'impresa decotta. Se questo assunto è condivisibile, allora ne deriva che lo stato di crisi (...) è diverso dall'insolvenza, sia sul piano della reversibilità della insolvenza, sia nel senso che riguarda fattispecie meno gravi di difficoltà, e quindi può comprendere quelle ipotesi, di compromissione della continuità aziendale (...) che non si traducano ancora in insolvenza. (...) Peraltro, il presupposto oggettivo così delineato, comune, come ho anticipato, alle tre ipotesi di piano di risanamento e ristrutturazione dei debiti previste dalla novella, non è meramente diverso dallo stato di insolvenza, così precludendo a costoro la possibilità di una soluzione negoziata della crisi, ma lo ricomprende, in un rapporto di genus a species».

⁸⁶ Considera ZANARDO, A., «Il concetto di insolvenza tra diritto fallimentare e normativa bancaria: la segnalazione di crediti in sofferenza alla Centrale dei rischi», *Dir. Fall.*, 2006, II, p. 255, que este concepto de riesgo se parece al utilizado por el Servizio per la centralizzazione dei rischi bancari, organismo informativo sobre el endeudamiento de la clientela bancaria y los intermediarios financieros (para mayor información sobre el mismo, *vid.* doctrina citada en esta misma obra, p. 255, nota 1). En este sentido, dispone: «(...) situazione di grave inadempienza e serio rischio per il recupero del finanziamento, tale da mettere in allarme il sistema creditizio in funzione della concessione di ulteriore credito allo stesso soggetto. Viene legittimamente segnalata alla Centrale Rischi la posizione del cliente che non moviemnta da circa un anno il conto corrente non affidato con grave saldo debitore, senza rispondere ai solleciti della banca e dopo la messa in mora rimasta senza effetto».

verdadera insolvencia⁸⁷. Por tanto, a pesar de las dificultades para definir el estado de crisis, parece que puede darse, cuanto menos, una definición negativa: «el concepto de estado de crisis recoge todas las situaciones de dificultad de la empresa, hasta el límite del estado de insolvencia»⁸⁸.

1.4. El presupuesto objetivo del concurso en Derecho alemán

El § 15a.1 InsO recoge en su primer inciso de manera unitaria el deber de solicitar la apertura de concurso para las personas jurídicas al disponer que cuando una persona jurídica incurre en *incapacidad de pagos* o en *sobreendeudamiento*, los miembros del órgano de representación o los liquidadores deberán solicitar la declaración de concurso sin retraso culpable, a más tardar en las tres semanas siguientes al acaecimiento de la insolvencia o del sobreendeudamiento⁸⁹.

Así, para proceder a la apertura de concurso conforme Derecho alemán existen tres presupuestos, y sólo en presencia de uno de estos presupuestos se puede iniciar el procedimiento concursal (§ 16 InsO): (1) incapacidad de pagos (§ 17 InsO), (2)

⁸⁷ Vid., por todos, CAIAFA, A., *La Legge Fallimentare riformata e corretta*, Cedam, Padova, 2008, que expone: «*Nei momenti di crisi si ha, pertanto, un'alterazione dell'equilibrio, che può incidere, alternativamente, sulla situazione finanziaria o patrimoniale, che il legislatore ha ritenuto recuperabile, in tempi brevi, attraverso forme, più o meno complesse, di ristrutturazione e di consolidamento del debito, tali che possono, ancora, consentire all'impresa di riprendersi e rimanere, quindi, sul mercato*».

⁸⁸ SCARLINO, D., *op. cit.*, p. 284. Considera este autor que el elemento de la regularidad en el pago a los acreedores ajenos al acuerdo puede ayudar a concretar la noción de *estado de crisis* en aquellas situaciones que no coincide con el estado de insolvencia. «*Lo stato di crisi (...) in questa prospettiva andrebbe letto come l'incapacità del debitore, in termini prognostici, di adempiere regolarmente parte delle proprie obbligazioni: lo stato di crisi, a differenza dello stato di insolvenza, prescinde, cioè, da una manifestazione esterna dello stesso attraverso "inadempimenti od altri fatti esteriori" che dimostrino "che il debitore non è più in grado di soddisfare regolarmente le proprie obbligazioni"*» (ibídem, pp. 301-303).

⁸⁹ **§ 15a InsO.- Antragspflicht bei juristischen Personen und Gesellschaften ohne Rechtspersönlichkeit**

(1) Wird eine juristische Person zahlungsunfähig oder überschuldet, haben die Mitglieder des Vertretungsorgans oder die Abwickler ohne schuldhaftes Zögern, spätestens aber drei Wochen nach Eintritt der Zahlungsunfähigkeit oder Überschuldung, einen Eröffnungsantrag zu stellen. (...)

Como ha destacado en nuestra doctrina al estudiar esta cuestión MARÍN DE LA BÁRCENA GARCIMARTÍN, F., «Deberes y responsabilidad de los administradores ante la insolvencia de las sociedades de capital», *RdS*, 24/2005, p. 98, el deber de promover el proceso concursal no es tanto un deber de iniciar un concurso a toda costa, como una «prohibición de continuar el desarrollo de la actividad empresarial sin adoptar medidas de saneamiento (...) para lo cual se dispone de un margen temporal de tres semanas», transcurrido el cual, a menos que antes se ponga de manifiesto lo irreversible de la situación, es obligatorio promoverlo. En cualquier caso, el desarrollo en extenso del deber de promover el proceso concursal en el Derecho alemán se realizará en la Parte Segunda, Capítulo III, B, 3.1.

incapacidad de pago inminente o amenaza de incapacidad de pagos (§ 18 InsO) y (3) sobreendeudamiento, para los supuestos de personas jurídicas (§ 19 InsO)⁹⁰.

Comenzando por la incapacidad de pagos, ésta puede ser *actual* o *amenazante*. La incapacidad de pagos actual (*Zahlungsunfähigkeit*) se produce cuando el deudor no puede hacer frente a los pagos de sus deudas según devienen vencidas y exigibles, incapacidad que se presume siempre que el deudor cese de manera generalizada sus pagos (§ 17.1 InsO)⁹¹. La InsO lo concibe como el *presupuesto general* para el inicio del procedimiento de insolvencia, al disponer que la incapacidad de pagos es la presupuesto general para la apertura del concurso (§ 17.1 InsO)⁹². En la práctica es también el supuesto más común de inicio de procedimiento concursal⁹³.

El § 18.2 InsO regula la incapacidad de pagos *amenazante* (*drohende Zahlungsunfähigkeit*), que se produce cuando *previsiblemente* (*voraussichtlich*)⁹⁴ el deudor no podrá hacer frente a sus obligaciones a su vencimiento⁹⁵. Ante esta situación, el deudor tiene la posibilidad, que no el deber, de promover el concurso, lo cual no exime a los administradores de su deber general de llevar a cabo las actuaciones que, diligentemente, sean convenientes para el saneamiento de la sociedad⁹⁶.

El tercer presupuesto para la apertura del concurso, sólo válido para el caso de personas jurídicas, es el sobreendeudamiento (*Überschuldung*). El § 19.2 InsO dispone que existe sobreendeudamiento cuando los activos de la sociedad dejan de ser suficientes para

⁹⁰ SCHMIDT, K., «Sobreendeudamiento y deberes en relación con la solicitud de apertura de concurso: *wrongful trading* conforme al derecho alemán», *RDCP*, 12/2010, p. 384.

⁹¹ En torno a si la incapacidad de pagos debe ser entendida, estrictamente como iliquidez monetaria (*Geldilliquidität*) o, desde un punto de vista más amplio, como un problema de iliquidez de los activos en el corto plazo, e, incluso, de falta de elegibilidad de dichos activos para la concesión de garantías, UHLENBRUCK, W., § 17, En UHLENBRUCK, W. (Hrsg.), *Insolvenzordnung Kommentar*, 12 Auflage, München, 2003, pp. 378-379.

⁹² KIND, T., «§ 17», BRAUN, E. (hrsg.), *Insolvenzordnung Kommentar*, 2 Auflage, Beck, München, 2004, p. 126; UHLENBRUCK, W., «§ 17», *cit.*, p. 376.

⁹³ SCHMIDT, K., «Sobreendeudamiento...», *cit.*, p. 384.

⁹⁴ La valoración de la «amenaza» de la insolvencia exige que la probabilidad de iniciar el proceso sea mayor que la de no iniciarlo (probabilidad simple). KIND, T., *op. cit.*, p. 136.

A su vez, esta especie de cálculo probabilístico ha de tomar como referencia un periodo espacio-temporal determinado (*Der Prognosezeitraum*), sobre cuya duración no existe acuerdo en la doctrina. Para UHLENBRUCK, W., § 17, *cit.*, pp. 396-397, «wird die Länge grundsätzlich bestimmt durch den spätesten Fälligkeitszeitpunkt der bestehenden, aber derzeit noch nicht fälligen Zahlungspflichten».

⁹⁵ La lógica tras este presupuesto es la misma que tras la insolvencia inminente española, ya que esta última se inspiró en aquella.

⁹⁶ UHLENBRUCK, W., «Die Bedeutung des neuen Insolvenzrechts für GmbH-Geschäftsführer», *GmbHHR*, 1999, p. 321.

cubrir las obligaciones existentes, al menos que sea altamente probable, teniendo en cuenta las circunstancias concurrentes, que la empresa continuará existiendo (*«es sei denn, die Fortführung des Unternehmens ist nach den Umständen überwiegend wahrscheinlich»*). El caso de inicio del procedimiento concursal por sobreendeudamiento resulta ser residual en la práctica⁹⁷.

El prof. SCHMIDT entiende que el presupuesto del sobreendeudamiento, combinado con la obligación recogida en el § 15a.1 InsO de iniciar el procedimiento concursal cuando concurra incapacidad de pagos o sobreendeudamiento, *está enfocado a la protección preventiva de los acreedores*, y conduce al nacimiento de una «obligación de continua de verificación por parte de los miembros de la Dirección o administradores» del estado financiero de la sociedad⁹⁸. El sistema permite así apartar del tráfico mercantil a las empresas que no deban seguir operando⁹⁹.

La redacción actual del estado de sobreendeudamiento, establecida en el 2008 por la *Finanzmarktstabilisierungsgesetz (FMSStG)* (§ 5), difiere de la versión original de la *Insolvenzordnung*, en lo relativo al elemento del pronóstico de la continuidad empresarial (*Fortführung des Unternehmens*). En su redacción original la InsO disponía: *«Überschuldung liegt vor, wenn das Vermögen des Schuldners die bestehenden Verbindlichkeiten nicht mehr deckt. Bei der Bewertung des Vermögens des Schuldners ist jedoch die Fortführung des Unternehmens zugrunde zu legen, wenn diese nach den Umständen überwiegenden wahrscheinlich ist»*, es decir, los activos se valorarán conforme al criterio de empresa en funcionamiento cuando la subsistencia de la misma sea el escenario más probable. Como ya se ha adelantado, en su versión actual la InsO dispone: *«Überschuldung liegt vor, wenn das Vermögen des Schuldners die*

⁹⁷ SCHMIDT, K., «Sobreendeudamiento...», *cit.*, p. 384.

⁹⁸ Para MIOLA, M., *op. cit.*, pp. 52-53, existe una estrecha relación entre la protección ofrecida por el *Überschuldung* y los tests de solvencia: «En efecto, los *solvency tests* y las técnicas dirigidas a acentuar la responsabilidad en proximidad de la insolvencia, aunque a primera vista sean institutos independientes entre sí, resultan caracterizados por un elemento común, que es el de requerir en ambos casos de los administradores un pronóstico sobre la situación económico-financiera de la sociedad. Con mayor precisión, en un caso se trata de verificar que la distribución del patrimonio social a los socios no comprometa la solvencia de la sociedad, dejando al margen el establecimiento del ámbito temporal del *test*; en el otro, existe la exigencia de anticipar el momento en que surge la crisis, a fin de someter a control las decisiones adoptadas por los administradores y llamarlos a responder, cuando hayan contribuido a empeorar la situación patrimonial de la sociedad con conductas oportunistas en perjuicio de acreedores».

⁹⁹ SCHMIDT, K., «Sobreendeudamiento...», *cit.*, p. 386-387.

bestehenden Verbindlichkeiten nicht mehr deckt, es sei denn, die Fortführung des Unternehmens ist nach den Umständen überwiegend wahrscheinlich».

El prof. SCHMIDT considera que la diferencia se encuentra en la significación de los *pronósticos de supervivencia*. En la versión derogada la comprobación del sobreendeudamiento era puramente contable, y sólo cuando los activos cubrieran totalmente los pasivos se podría continuar, *jugando el pronóstico de supervivencia sólo un papel de base en la valoración de activos*¹⁰⁰. Sin embargo, la versión actual concede al pronóstico otra función. Así, los administradores podrán continuar con la empresa si los activos cubren totalmente a los pasivos *o si bien* el pronóstico es positivo¹⁰¹. Por tanto, el pronóstico de supervivencia ha dejado de desempeñar el papel de simple criterio de valoración de activos para realizar el cálculo contable del sobreendeudamiento para, por el contrario, liberar al deudor de la obligación de solicitar la apertura del procedimiento de concurso¹⁰².

1.5. Referencia a la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho mercantil internacional

La Guía Legislativa de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho mercantil internacional (en adelante, CNUDMI) sobre el Régimen de la Insolvencia, define en su Glosario el término «insolvencia» como el «estado de un deudor que no puede atender al pago general de sus deudas a su vencimiento o estado financiero de una empresa cuyo pasivo excede del valor de su activo»¹⁰³. Como vemos, la Guía define la insolvencia atendiendo a los dos criterios que los distintos regímenes de insolvencia utilizan de manera más generalizada para decidir la apertura de un procedimiento de insolvencia, el

¹⁰⁰ Ya nuestra doctrina se había hecho eco de esta cuestión con anterioridad a la reforma. Así, por ejemplo, MARÍN DE LA BÁRCENA GARCIMARTÍN, F., «Deberes y responsabilidad...», *cit.*, p. 98, nota nº 22, refería que «[e]l sobreendeudamiento (...) [se] trata de un concepto dinámico por eso el sobreendeudamiento contable hay que corregirlo mediante una valoración conforme al principio del *Going-concern* cuando el pronóstico de la continuación de la actividad (*Fortbestehensprognose*) sea favorable por ejemplo para un periodo de dos años. Si hay que contar con una liquidación del patrimonio en un plazo próximo, la valoración se realizará conforme al valor de liquidación».

¹⁰¹ Son condiciones alternativas, no concurrentes.

¹⁰² SCHMIDT, K., «Sobreendeudamiento...», *cit.*, pp. 387-388.

¹⁰³ COMISIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS PARA EL DERECHO MERCANTIL INTERNACIONAL (CNUDMI), *Guía Legislativa de la CNUDMI sobre el Régimen de la Insolvencia*, Publicación de las Naciones Unidas, Nueva York, 2006, p. 6. (Correspondiente al periodo de sesiones 37º/2004). Se cita la traducción española oficial, cuya terminología utilizamos en este apartado, disponible en http://www.uncitral.org/uncitral/es/uncitral_texts/insolvency/2004Guide.html

criterio de la liquidez o el sobreseimiento general en los pagos y el criterio del balance de la empresa.

Posteriormente, en la sección destinada a la apertura del procedimiento¹⁰⁴ se explican de manera más detallada los criterios arriba citados. El primero de ellos, entiende la Comisión, «presupone que el deudor haya cesado en los pagos y que su corriente de efectivo sea insuficiente para atender al pago de sus obligaciones al ritmo al que vayan venciendo en el curso normal de su negocio». Ofrece la Comisión un elenco de supuestos en los que, entiende, cabe deducirse el sobreseimiento general en los pagos de un deudor: impago de alquileres, obligaciones tributarias, salarios o cuentas indispensables para la continuidad normal de la actividad empresarial. En cualquier caso, recuerda, siempre habrá que discernir los supuestos de iliquidez determinante de la apertura de un procedimiento concursal de aquellos casos de incapacidad de pagos transitoria de una empresa sana o, en palabras de la Comisión, «dificultades pasajeras de tesorería o de liquidez en un negocio por lo demás viable»¹⁰⁵.

Y añade la Comisión un detalle importante: «La utilización de este criterio tiene por objeto activar el procedimiento de insolvencia en una fase lo bastante temprana de la crisis financiera del deudor como para minimizar la dispersión eventual de sus bienes y evitar que los acreedores se precipiten a ejecutar los bienes, desmembrando así la empresa en detrimento colectivo de todos sus acreedores. Permitir que la apertura del procedimiento tenga lugar únicamente cuando el deudor pueda demostrar su situación de insolvencia mediante la presentación de su balance (que arroje un pasivo superior a su activo, conforme se examinará más adelante), tal vez sólo sirva para demorar lo inevitable y reducir el valor de la suma recuperable»¹⁰⁶.

El segundo criterio es el del balance con pasivo superior a activo, criterio que, a ojos de la Comisión, resulta en la práctica menos operativo, precisamente, por la complejidad que añade su vinculación a la valoración contable de la empresa, que dificulta –o, casi, impide– la solicitud de apertura por parte de los acreedores, permitiendo además

¹⁰⁴ *Guía Legislativa de la CNUDMI sobre el Régimen de la Insolvencia*, cit., Segunda Parte, II, B, pp. 54-82.

¹⁰⁵ *Guía Legislativa de la CNUDMI sobre el Régimen de la Insolvencia*, cit., Segunda Parte, II, B, pp. 55-56.

¹⁰⁶ *Guía Legislativa de la CNUDMI sobre el Régimen de la Insolvencia*, cit., Segunda Parte, II, B, pp. 54-82.

mayores demoras en las solicitudes de apertura del procedimiento por el deudor, con los consecuentes perjuicios que ello supone a la masa¹⁰⁷.

Concluye la Comisión sugiriendo que este criterio se utilice combinado con el de liquidez, ya que entiende que, así empleado, «puede contribuir a definir la insolvencia centrándose en la cuestión de si los bienes, sin importar cómo se valoren, serán suficientes para pagar las deudas del deudor, incluidas las obligaciones que todavía no hayan vencido»¹⁰⁸.

2. Derecho español. La insolvencia como presupuesto objetivo del concurso

2.1. Introducción

Como se concluirá más adelante, el concepto de estado de crisis que se utiliza en este trabajo incluye el estado de insolvencia, tanto inminente como actual, pero lo excede. Es precisamente el periodo temporal ya de dificultades pero previo a la insolvencia, incluso inminente, el de más compleja determinación. En consecuencia, la mención en este momento a la insolvencia, en especial, a la insolvencia inminente -como se ha hecho con las pérdidas societarias- persigue únicamente recordar cuáles son los parámetros que se han utilizado de manera tradicional para valorar si una empresa se encuentra en dificultad o situación de crisis.

¹⁰⁷ El texto analizado nos recuerda los conocidos problemas de valoración de los activos, y la dificultad de determinar el «justo valor de mercado». Así, comenta: «También plantea interrogantes [el criterio del balance] acerca de la fiabilidad del balance de la empresa deudora y sobre si éste puede considerarse como una indicación real de la solvencia del deudor, en particular si las normas de contabilidad o las técnicas de tasación dan resultados que no reflejan el justo valor de mercado de los bienes del deudor o cuando el mercado financiero no está lo bastante desarrollado ni tiene la suficiente estabilidad para que se pueda determinar ese valor» (*Guía Legislativa de la CNUDMI sobre el Régimen de la Insolvencia*, cit., Segunda Parte, II, B, pp. 56-57).

En una nota al texto reproducido se ofrece una definición de «justo valor de mercado»: «Por justo valor de mercado de la masa patrimonial de una empresa suele entenderse el precio que cabría normalmente obtener en una venta entre un comprador y un vendedor no vinculados entre sí, y en la que ni una ni otra parte se viera obligada, respectivamente, a comprar o a vender. En ausencia de una venta efectiva, dicho valor pudiera resultar especulativo, ya que se basa en supuestos hechos acerca de las condiciones de venta de los bienes negociados. A fin de reducir ese factor especulativo, se han introducido técnicas para determinar un valor aproximado basado en la venta de negocios o bienes similares, o en algún valor múltiplo del potencial de ganancia de una empresa. En los mercados en que ciertos bienes sean difíciles de vender por estar saturado el mercado o por no existir un mercado para ellos, su valor será difícil de determinar» (*Guía Legislativa de la CNUDMI sobre el Régimen de la Insolvencia*, cit., Segunda Parte, II, B, p. 56, nota 10).

¹⁰⁸ *Guía Legislativa de la CNUDMI sobre el Régimen de la Insolvencia*, cit., Segunda Parte, II, B, p. 57.

A nuestro entender, la tendencia a asimilar el estado de crisis con el estado de insolvencia inminente responde a la (aparente) seguridad que proporciona la caracterización de las empresas en dificultad mediante la referencia a conceptos jurídicos ya existentes. Sin embargo, a los efectos de la materia que aborda este trabajo, se debe considerar la crisis empresarial como un estado que abarca, pero no se limita, a la insolvencia inminente. En esta línea, repasaremos, de manera sintética, la insolvencia como presupuesto objetivo del concurso¹⁰⁹.

2.2. Breve referencia a la insolvencia actual

El artículo 2.1 de la Ley Concursal establece el *estado de insolvencia* como presupuesto objetivo del procedimiento concursal, al disponer: «La declaración de concurso procederá en caso de insolvencia del deudor común»¹¹⁰. A continuación, el art. 2.2 LC ofrece el concepto jurídico de la denominada, según terminología de la Ley Concursal, *insolvencia actual* (cfr. art. 2.3), indicando que «[s]e encuentra en estado de insolvencia el deudor que no puede cumplir regularmente sus obligaciones exigibles»¹¹¹.

En primer lugar, huelga recordar que el incumplimiento por parte del deudor no implica, necesariamente, que se encuentre en estado de insolvencia. Como ya se comentó, no es insolvente el que *voluntariamente elige no cumplir*¹¹². En palabras de nuestra doctrina:

¹⁰⁹ Al respecto del presupuesto objetivo del concurso, *vid.*, ampliamente, PULGAR EZQUERRA, J., *La declaración del concurso de acreedores*, La Ley, Madrid, 2005, pp. 305-404. También de obligada consulta, aunque de manera más sintética, ROJO FERNÁNDEZ-RÍO, A., «Comentario al artículo 2», en ROJO, A./BELTRÁN, E. (dir.), *Comentario de la Ley Concursal*, T. I, Civitas, Madrid, 2004, pp. 164-193; SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, J., «Comentario al artículo 2», en SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, J./GUILARTE GUTIÉRREZ, V. (dir.), *Comentarios a la Legislación Concursal*, T. I, Lex Nova, Valladolid, 2004, pp. 95-137. Resultan interesantes las numerosas y recientes referencias jurisprudenciales que ofrece sobre la cuestión del presupuesto objetivo del concurso, SELLER ROCA DE TOGORES, L., «La solicitud de declaración de concurso voluntario», en MARTÍNEZ SANZ, F. (dir.)/PUETZ, A. (coord.), *Tratado práctico del Derecho concursal y su reforma*, Tecnos, Madrid, 2012, pp. 65-70.

¹¹⁰ Sobre la insolvencia como único presupuesto objetivo, ROJO FERNÁNDEZ-RÍO, A., «Comentario al artículo 2», *cit.*, p. 167: «Bajo el denominador común de ese presupuesto pretendidamente unitario, la Ley establece *tres presupuestos objetivos diferentes*, que, de menor a mayor por razón de la gravedad de la situación, son la *insolvencia inminente* (que define el art. 2.3, segundo inciso), la *insolvencia actual* (que define el art. 2.2) y la que podría denominarse “*insolvencia cualificada*”, en la que al estado de insolvencia actual se añade la concurrencia de alguno de los “hechos externos” de especial gravedad que, con criterio taxativo, enumera la propia Ley (art. 2.4)».

¹¹¹ ROJO FERNÁNDEZ-RÍO, A., «Comentario al artículo 2», *cit.*, p. 169: «La insolvencia es un *estado*. En la concepción legal no es insolvente quien momentáneamente se encuentra en la imposibilidad de cumplir las obligaciones. “Ser” insolvente es “estar” en insolvencia; y estar en insolvencia exige cierto grado de continuidad (...). Para que exista insolvencia se requiere *continuidad de la imposibilidad*”».

¹¹² *Vid.*, en este mismo Capítulo, p. 43

«El incumplimiento genera la insatisfacción del acreedor; pero el mero hecho de incumplir no significa que el deudor no pueda cumplir: la causa del incumplimiento puede ser múltiple. El incumplimiento por causa de insolvencia –esto es, por la imposibilidad de cumplir regularmente- se distingue, pues, de las demás clases de incumplimiento»¹¹³.

No siendo relevante la *causa del incumplimiento*, sí que lo es la *causa de la imposibilidad de cumplir*. Nuestra doctrina ya ha explicado que «en el concepto amplio de insolvencia por el que se opta legalmente, lo relevante es que el deudor **no pueda cumplir con sus obligaciones, con independencia de la causa a que responda dicha imposibilidad**»¹¹⁴, resultando, a estos efectos, indiferente si el incumplimiento se deriva de una insuficiencia patrimonial o de una falta de liquidez¹¹⁵.

En tercer lugar, como se puede observar, la Ley Concursal define la insolvencia como la imposibilidad de cumplir *regularmente* las obligaciones exigibles. Por tanto, no es insolvente únicamente quien no puede cumplir, sino también quien no puede hacerlo de una manera *regular*. Se define la regularidad en este contexto como el cumplimiento por medios o mediante modos normales y en contra de la *par condicio creditorum*¹¹⁶.

¹¹³ ROJO FERNÁNDEZ-RÍO, A., «Comentario al artículo 2», *cit.*, pp. 169-170. En el mismo sentido, BELTRÁN SÁNCHEZ, E., «La regularidad en el cumplimiento de las obligaciones, el estado de insolvencia y la función del concurso de acreedores», en AAVV, *Estudios de Derecho de sociedades y Derecho concursal. Libro homenaje al Profesor Rafael García Villaverde*, T. III, Marcial Pons, Madrid, 2007, pp. 1745-1746.

¹¹⁴ PULGAR EZQUERRA, J., «El presupuesto objetivo del concurso de acreedores», en PULGAR EZQUERRA, J. (dir.), *El concurso de acreedores. Adaptado a la Ley 38/2011, de 10 de octubre, de reforma de la Ley Concursal*, La Ley, Madrid, 2012, pp. 153. Además, la autora destaca (cfr. p. 155) la necesidad de interpretar restrictivamente «los amplios términos en que se define la insolvencia en la nueva Ley Concursal», exigiendo que la imposibilidad de cumplir sea definitiva y no temporal. También ROJO FERNÁNDEZ-RÍO, A., «Comentario al artículo 2», *cit.*, p. 170, entiende que «[l]a Ley Concursal ha prescindido por completo de la que podríamos denominar “concepción patrimonial” de la insolvencia, para la que la situación de desbalance o déficit patrimonial es esencial (con los delicados problemas de valoración del patrimonio del deudor que es inherente a esta concepción) y ha seguido una “concepción funcional” en la que el centro de gravedad se sitúa en el hecho objetivo de la imposibilidad de cumplir, cualquiera que sea la causa de esa imposibilidad. (...) El presupuesto objetivo no gira en torno a lo que el deudor tiene o no tiene, sino en torno a si el deudor puede cumplir o no puede hacerlo».

¹¹⁵ ROJO FERNÁNDEZ-RÍO, A., «Comentario al artículo 2», *cit.*, pp. 170-171 («No sólo son insolventes los que no tienen bienes suficientes con que hacer frente a las obligaciones, sino quienes, a pesar de tenerlos, no tienen la posibilidad de obtener o no obtienen liquidez a corto plazo. Los deudores con situación de iliquidez a medio o a largo plazo son insolventes»).

¹¹⁶ Ampliamente, PULGAR EZQUERRA, J., *La declaración...*, *cit.*, pp. 329-334. También BELTRÁN SÁNCHEZ, E., «La regularidad en el cumplimiento...», *cit.*, pp. 1737-1756. Para SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, J., «Comentario al artículo 2», *cit.*, p. 104, de entre las interpretaciones posibles del adverbio, se inclina por entenderlo en el sentido de que «la conducta del deudor revela que éste no puede cumplir sus obligaciones exigibles satisfaciendo los requisitos objetivos o circunstanciales propios de las mismas». BELTRÁN SÁNCHEZ, E., «La regularidad en el cumplimiento...», *cit.*, pp. 1752-1753 habla de la

Por lo demás, y, en síntesis, el estado de insolvencia legalmente definido concurre al respecto de las obligaciones *exigibles*¹¹⁷ y aún cuando se puedan cumplir algunas de ellas, siempre y cuando no se puedan cumplir *todas*, siendo, además, indiferente la *naturaleza* de las obligaciones –contractual, extracontractual, cuasicontractual o legal- o la *titularidad* de la deuda, siempre y cuando el insolvente sea responsable de la misma¹¹⁸.

2.3. La insolvencia inminente como indicador del estado de crisis

Con la finalidad de permitir al deudor anticipar el inicio del procedimiento concursal¹¹⁹, el artículo 2.3 LC define el estado de insolvencia inminente como el estado en que se encuentra «el deudor que prevea que no podrá cumplir regular y puntualmente sus obligaciones»¹²⁰. Se trata, por tanto, de un estado en que el deudor, mediante la realización de un pronóstico sobre su solvencia futura, considera, de una manera razonablemente fundada, que no podrá cumplir con sus obligaciones exigibles¹²¹, de manera regular y puntual.

regularidad como *cumplimiento conforme a las reglas*, asentado en tres interpretaciones cumulativas: cumplimiento conforme a las reglas generales sobre el pago de obligaciones, cumplimiento conforme a las reglas concursales y cumplimiento conforme a las reglas aplicables a los operadores económicos del sector de que se trate.

Sobre la relación de la regularidad con la puntualidad, elemento ausente en la definición legal de la insolvencia actual, *vid.*, como tesis contrapuestas, ROJO FERNÁNDEZ-RÍO, A., «Comentario al artículo 2», *cit.*, p. 172-173 («El deudor momentáneamente *retrasado* no es insolvente, pero merece esa calificación el deudor que de forma continuada sólo puede cumplir con retraso») y PULGAR EZQUERRA, J., *La declaración...*, *cit.*, pp. 330-332 («debería excluirse la interpretación de la regularidad en el sentido de puntualidad en el cumplimiento de las obligaciones»).

¹¹⁷ Sobre la exigibilidad, PULGAR EZQUERRA, J., *La declaración...*, *cit.*, p. 329.

¹¹⁸ Sintetizando estos elementos, ROJO FERNÁNDEZ-RÍO, A., Comentario al artículo 2, *cit.*, p. 171.

¹¹⁹ Al respecto, considera ROJO FERNÁNDEZ-RÍO, A., «Comentario al artículo 2», *cit.*, p. 175, que «[c]on el reconocimiento de la insolvencia inminente como presupuesto del concurso de acreedores se satisface parcialmente la conveniencia de adelantar en el tiempo la declaración judicial de concurso; pero esta solución de política legislativa es asimétrica por cuanto que la Ley limita la operatividad de este presupuesto objetivo en la medida en que lo restringe a la solicitud de concurso voluntario». Para SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, J., «Comentario al artículo 2», *cit.*, p. 111, la inclusión de la insolvencia inminente se trata de «una de las innovaciones más relevantes con respecto a la legislación precedente».

¹²⁰ No se tratará en este apartado la cuestión de la insolvencia inminente y la legitimación para el inicio del procedimiento concursal (*vid.*, *infra*, Parte Segunda, Capítulo III, C, 2.1). Nos limitaremos a definir el estado de insolvencia inminente como uno de los que componen el más amplio estado de crisis.

¹²¹ ROJO FERNÁNDEZ-RÍO, A., «Comentario al artículo 2», *cit.*, p. 175, explica que el concepto gira «en torno a la *previsión de la imposibilidad de cumplir*» y que «[i]nsolvencia inminente equivale a insolvencia amenazante»; SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, J., «Comentario al artículo 2», *cit.*, p. 111, entiende que nos encontramos ante «una amenaza próxima» de insolvencia; la *Guía Legislativa de la CNUDMI sobre el Régimen de la Insolvencia*, *cit.*, Segunda Parte, II, B, pp. 58-59, vincula la idea de la

Además de la idea de amenaza de una futura, aunque próxima, insolvencia que conlleva el concepto mismo de inminencia¹²², el artículo 2.3 LC añade a los elementos ya expuestos que conforman la insolvencia actual el de *impuntualidad*. A este respecto, entiende la prof. PULGAR que la insolvencia inminente se articula «en torno a una previsión futura no de incumplimiento, sino de cumplimiento impuntual o retrasado, por lo que se encontrará en estado de insolvencia inminente no solo aquel deudor que prevea que no podrá cumplir en el futuro sus obligaciones sino, además, el que podría hacerlo pero de modo irregular, así como el que podría cumplir regularmente sus obligaciones pero con retraso, introduciéndose por tanto en cierto modo, “concurso preventivo de la morosidad”»¹²³.

La insolvencia inminente presenta muchas y muy variadas cuestiones en las que no nos podemos detener¹²⁴. Simplemente destacar cómo la falta de disposición legal al respecto plantea la compleja cuestión del periodo de tiempo que ha de abarcar el pronóstico de la futura insolvencia¹²⁵. En este sentido, parece que debe interpretarse que el plazo no puede ser totalmente indefinido o muy alejado en el tiempo, lo que no resta de controversia a la cuestión. Puede entenderse, poniendo el acento en la proximidad del estado, que la insolvencia inminente exige, necesariamente, la manifestación de la misma en el corto plazo. Por el contrario, si se pone el acento en la intensidad de la

insolvencia inminente a la «falta previsible de liquidez»: «Algunos regímenes de la insolvencia que sólo adoptan el criterio del sobreseimiento en los pagos también prevén que un deudor podrá solicitar la apertura de un procedimiento si se encuentra en situación de insolvencia inminente o de falta previsible de liquidez, y se vea en la imposibilidad de pagar sus obligaciones futuras cuando vengan. En algunos casos esa situación puede ser de breve duración, pero en otros puede durar mucho más, según la clase de obligaciones que deban cumplirse. Como supuestos determinantes de esa imposibilidad, cabe citar el caso de un deudor que deba efectuar pagos de reembolso de obligaciones a largo plazo y sepa que no podrá cumplirlos, o el de un deudor contra el que se presente una demanda colectiva de daños y perjuicios y sepa que no podrá oponerse con éxito a ella ni pagar su importe acumulativo».

¹²² ROJO FERNÁNDEZ-RÍO, A., «Comentario al artículo 2», *cit.*, p. 176: «Los elementos del concepto de insolvencia inminente son, en primer lugar, la objetiva previsibilidad de la insolvencia y, en segundo lugar, la inminencia de ese estado».

¹²³ PULGAR EZQUERRA, J., «El presupuesto objetivo del concurso de acreedores», *cit.*, pp. 164-165.

¹²⁴ Para un estudio monográfico de la cuestión, consúltese PALAO UCEDA, J., *La insolvencia inminente y el sistema concursal preventivo*, Barcelona, Bosch, 2013.

¹²⁵ ROJO FERNÁNDEZ-RÍO, A., «Comentario al artículo 2», *cit.*, p. 176: «Mayores dificultades suscita la determinación de cuándo una insolvencia objetivamente previsible es inminente. El problema fundamental que plantea la insolvencia inminente es, en efecto, el de los *límites temporales de la inminencia*».

amenaza de la insolvencia más que en la proximidad de la misma, puede admitirse la concurrencia de dicho estado en, lo que se podría denominar, el medio plazo¹²⁶.

A diferencia de lo establecido al respecto de la insolvencia actual, el art. 2.3 LC no califica las obligaciones a tener en cuenta para el pronóstico del incumplimiento como de *exigibles*, lo cual resulta coherente en tanto la ausencia de exigibilidad está vinculada a la propia situación de futuro que regula la insolvencia inminente¹²⁷. No resulta, en cambio, tan sencillo saber si ha de tratarse de obligaciones *existentes*¹²⁸. Consideramos que, alejándose del significado literal del término, en el juicio de la inminencia de la insolvencia el deudor debe tener en consideración obligaciones que, aun no existiendo en el momento en que se realiza el pronóstico, se sabe, con certeza, que existirán en un futuro próximo¹²⁹.

3. Propuesta de noción de estado de crisis

La indefinición del estado de crisis sitúa al jurista en una posición especialmente compleja, empujándole a concretar el concepto mediante las estructuras jurídicas de que sí se dispone. En esta línea, parece evidente que la noción de crisis debe incluir necesariamente cualquier situación financiera que, de no adoptarse medidas drásticas, conduzca a la sociedad a una situación de insolvencia, en el sentido definido por la Ley Concursal.

¹²⁶ PULGAR EZQUERRA, J., *La declaración...*, cit., p. 384, defiende una interpretación que, en línea con el §18 InsO, admite plazos más amplios –hasta tres años– conectado a los plazos de las obligaciones de pago existentes. Por su parte, ROJO FERNÁNDEZ-RÍO, A., «Comentario al artículo 2», cit., pp. 176-177, vincula la proximidad de la insolvencia a la mayor seguridad del juicio de probabilidad de acaecimiento de la misma.

ROJO FERNÁNDEZ-RÍO, A., «Comentario al artículo 2», cit., p. 177, a este respecto: «En todo caso, la solución tiene que ser general, en el sentido de que los límites temporales de la inminencia deben ser iguales cualquiera que sea el sector económico en el que opere el deudor. En caso contrario, se estaría introduciendo un tratamiento desigual sin fundamento de clase alguna en la norma legal».

¹²⁷ BELTRÁN SÁNCHEZ, E., «La regularidad en el cumplimiento...», cit., pp. 1746-1747.

¹²⁸ Entendiendo que debe tratarse de obligaciones ya existentes, PULGAR EZQUERRA, J., «El presupuesto objetivo del concurso de acreedores», cit., pp. 165-166. ROJO FERNÁNDEZ-RÍO, A., «Comentario al artículo 2», cit., p. 177, al respecto de las obligaciones derivadas de reclamaciones extracontractuales que previsiblemente pudieran recaer sobre el deudor: «Aunque la obligación de indemnizar nace por el mero hecho de la causación del daño, en tanto éste no se produzca no existe obligación exigible, aunque en el balance deban incluirse las correspondientes provisiones para hacer frente a los previsibles daños».

¹²⁹ Como en el supuesto de una sanción que, aunque ya no existe, se sabe con certeza suficiente que llegará a producirse.

En el ámbito británico la doctrina ha definido a las «*distressed companies*» como aquellas sociedades que se encuentran en una situación de crisis financiera que no puede ser resuelta sin una reestructuración de las operaciones y/o de la estructura de la sociedad. A su vez, la existencia de crisis financiera se puede fundamentar tanto en la existencia de una situación de *mora en el pago* (cuando la sociedad ha dejado de pagar el principal o los intereses de una deuda a alguno de sus acreedores), como en el análisis de un conjunto de *ratios financieros* (cálculos fundamentados en la contabilidad de la sociedad) que se consideran relevantes. Tales son: ratios de rentabilidad, ratios de liquidez y ratios de solvencia a largo plazo. En cualquier caso, aunque estos dos elementos puedan ayudar a caracterizar la situación financiera de una sociedad como «crítica», lo relevante es si dicha sociedad necesita imperativamente actuaciones drásticas para poder continuar operando¹³⁰.

Así, se comienza por definir el estado de crisis mediante sus límites, es decir, como el estado que se encuentra entre la ausencia total de dificultades financieras y la insolvencia actual. Además, resulta razonable incluir en la noción de crisis empresarial el estado de insolvencia inminente y asimilados, similar a aquel periodo que la doctrina ha llamado proximidad a la insolvencia. Ahora bien, es importante no utilizar indistintamente las expresiones «proximidad a la insolvencia» y «riesgo de insolvencia»¹³¹. La proximidad se sitúa en el ámbito de la inminencia (aquello que no ha sucedido pero está a punto de suceder). El riesgo no tiene, necesariamente que incluir la nota de la cercanía, al menos de una manera esencial. El riesgo de insolvencia, desde nuestro punto de vista, está más vinculado con el tipo de operaciones que se realicen y la probabilidad de que conduzcan a un estado de insolvencia¹³². Por último, como ya se ha recordado, la doctrina ha manifestado que la situación de pérdidas cualificadas cumple una función de alarma de la crisis de la situación de pérdidas cualificadas, lo cual implica, necesariamente, la concurrencia de tal crisis, por lo que habría que incluir este estado también en la noción planteada. Asimismo, se debería tener en cuenta la tendencia que muestre la sociedad, en línea con lo comentado en relación con las reducciones de capital por pérdidas.

¹³⁰ Vid. FINCH, V., *Corporate Insolvency Law...*, cit., p. 146.

¹³¹ Recientemente, PALAO UCEDA, J., *op. cit.*, pp. 81-82.

¹³² En el ámbito del Derecho de grupos, el ALCM utiliza el «riesgo de insolvencia» para limitar las instrucciones de los administradores de la sociedad dominante a la sociedad dependiente, estableciendo en el art. 291-9 ap. 2 ALCM que «[e]n ningún caso las instrucciones impartidas podrán ser contrarias a la Ley o a los estatutos de la sociedad dependiente *ni poner en riesgo la solvencia de la propia sociedad*». Sobre el *respeto a la supervivencia de la sociedad*, como límite a las instrucciones de la dominante a la filial, y las distintas interpretaciones del propio concepto de «supervivencia», por todos, FUENTES NAHARRO, M., *Grupos de sociedades y protección de acreedores (una perspectiva societaria)*, Thomson-Civitas, Navarra, 2007, pp. 191-195.

La realidad demuestra que la crisis comienza a afectar al comportamiento de los administradores desde los primeros momentos en que se hace patente y que importantes decisiones de gestión son tomadas en un periodo en que la sociedad, ya no *in bonis*, tampoco se encuentra en situación de pérdidas cualificadas ni de insolvencia, ni inminente ni actual. La compleja determinación de este periodo temporal dificulta, a su vez, probar el conocimiento por determinados sujetos –en nuestra hipótesis, los administradores societarios- (¿cómo probar que alguien conoce aquello que ni siquiera podemos definir?). La inseguridad jurídica aumenta cuando se pretende establecer un estatuto de deberes que pesan sobre los administradores durante la concurrencia de tal estado.

Conscientes, como se acaba de manifestar, de lo arriesgado de ofrecer una noción concreta, sintetizando lo estudiado hasta el momento y a los solos efectos de este trabajo, denominaremos estado de crisis *en sentido amplio* a aquél que comienza con las primeras dificultades financieras y que abarca la situación de insolvencia actual, y denominaremos estado de crisis *en sentido estricto* a aquel que se inicia con las primeras dificultades financieras de la sociedad y que abarca todo el estadio previo a la insolvencia actual¹³³, pero donde la crisis es aún objetivamente reversible¹³⁴. El elemento definitorio del estado de crisis reside en la necesidad de *cambiar una tendencia negativa* en la situación financiera de la sociedad que, al margen de cambios en el contexto económico ajenos al control de la sociedad, *no mejorará sin intervención de sus gestores*.

¹³³ El término insolvencia abarca aquí la insolvencia inminente *siempre y cuando* la situación de insolvencia inminente cumpla con el requisito de ser objetivamente reversible, y no cuando con la calificación como inminente de la insolvencia se está haciendo referencia a una situación en que la insolvencia actual es inevitable, aunque aún no se haya producido.

¹³⁴ Es importante no confundir la objetividad de la reversibilidad con la probabilidad de la reversibilidad. Que la superación del estado de crisis sea objetivamente posible no implica una valoración de la probabilidad de su consecución, ni que, de facto, la recuperación se vaya a producir, lo que dependerá de diversos factores ajenos a la propia situación financiera de la sociedad, como la valía de sus gestores o la colaboración de socios o de terceros externos a la sociedad.

Sobre la «determinación de lo preconcursal», SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, J., «Apuntes sobre las obligaciones “preconcursoales” de los administradores», en GARCÍA DE ENTERRÍA, J., (coord.), *Liber Amicorum Juan Luis Iglesias Prada*, Civitas, Cizur Menor, Navarra, 2013, pp. 973-977. Específicamente en relación con lo ahora tratado, p. 837: «El periodo preconcursal o de la preinsolvencia no desemboca en todo caso en la iniciación ineludible de un procedimiento concursal, sino que su principal característica es que obliga a analizar el comportamiento de los administradores en un ámbito complejo e incierto, en el que una empresa se ve abocada a lo que coloquialmente describimos como dificultades. Éstas pueden llegar a amenazar la continuidad de la actividad y la propia supervivencia de la sociedad cuya insolvencia se atisba como un desenlace posible o incluso inminente, pero que también puede ser evitado»

En cualquier caso, a nuestro entender, el problema real no es que la indefinición de la crisis impida a los administradores su conocimiento y, por tanto, el establecimiento de unas pautas de conducta determinadas, sino la prueba por parte del tercero perjudicado del conocimiento por parte del administrador de dicho estado. La Ley exige que aquéllos que dirigen la gestión de una sociedad de capital conozcan la situación financiera de la misma, más o menos crítica. Y el problema en la práctica no es tanto —o no lo debería ser, si el administrador desempeñara sus funciones con la diligencia debida— que el administrador desconozca la situación de dificultad de la sociedad, sino probar que la conocía, y que, a pesar de ello, incumplió el específico estatuto de deberes que sobre él recaen ante una situación de crisis empresarial.

Independientemente del juicio de diligencia (cuándo debe producirse, en qué condiciones)¹³⁵ a que se someta lo actuado por los administradores cuando la sociedad se encuentre en situación de crisis empresarial, es necesario, previamente, determinar que los administradores conocían dicho estado o, al menos, que no podían desconocerlo de manera no culposa.

La idea fundamental se podría sintetizar de la siguiente manera: primero, los administradores *deben conocer* que la sociedad se encuentra en situación de crisis siempre que el desconocimiento pueda considerarse culposo. En consecuencia, la diligencia exigida desde que *debieran haber conocido* será la propia del estado de crisis. Por otra parte y en primer lugar, el desconocimiento será necesariamente culposo siempre que el cumplimiento diligente de los deberes que pesan sobre los administradores en el desempeño del cargo hubiera conducido al conocimiento de tal situación¹³⁶. Además, en segundo lugar, *podrá presumirse el conocimiento* del estado de crisis siempre que los administradores hubieran realizado acciones gestoras que *necesariamente exigen este conocimiento o que se realizan para superar la crisis*. Un ejemplo de estas actuaciones gestoras es la existencia de negociaciones para alcanzar acuerdos de reestructuración de deuda. En estos supuestos (es decir, siempre que el desconocimiento no sea imputable a la falta de diligencia del administrador) será el que alegue el conocimiento el que deberá probarlo. Ahora bien, desde un punto de vista

¹³⁵ *Vid., infra*, Parte Primera, Capítulo III.

¹³⁶ Este primer escenario exige la valoración del incumplimiento del deber. Sólo si el incumplimiento no es culposo el desconocimiento tampoco lo será. Sobre la diligencia gestora, ampliamente, *infra*, Parte Primera, Capítulo III.

judicial, la existencia de decisiones de gestión tendentes a la superación de la crisis podrá considerarse por el juez como prueba indiciaria del conocimiento de la misma¹³⁷.

D. El recurso a indicios para articular presunciones judiciales de conocimiento del estado de crisis

1. En general, los indicios de conocimiento por parte del administrador del estado de crisis

Como se ha expuesto anteriormente, la inseguridad jurídica en relación con la concreción de los deberes que pesan sobre los administradores de sociedades en estado de crisis no se deriva tanto de la indefinición del estado mismo –entendemos que el administrador diligente sabe que su sociedad se encuentra en una situación comprometida– sino de la falta de capacidad de prueba por parte del tercero de la concurrencia de dicho estado y, en consecuencia, del conocimiento del mismo por parte del gestor.

La doctrina, por ejemplo italiana, ya estudió distintos métodos de identificación del conocimiento por parte de los administradores de la situación de crisis en relación con la ***prueba del conocimiento por la contraparte contractual de la situación de insolvencia del deudor en el contexto de acción revocatoria concursal***¹³⁸. Partiendo de que la Ley

¹³⁷ Probado el indicio que fundamenta el *hecho base* y el *nexo lógico*, el juez puede inferir, con eficacia probatoria, el *hecho presunto*. ABEL LLUCH, X., *Derecho probatorio*, Bosch, Barcelona, 2012, pp. 410, 441-443. Cfr. art. 386 Ley de enjuiciamiento civil.

¹³⁸ Para una aproximación a la acción revocatoria concursal en Derecho italiano, se puede recurrir, en nuestra doctrina, al trabajo de LEÓN SANZ, F., «La finalidad y la estructura de la acción rescisoria. Parte I. Evolución histórico-comparada», en AAVV, *Estudios de Derecho de sociedades y Derecho concursal. Libro homenaje al Profesor Rafael García Villaverde*, T. III, Marcial Pons, 2007, (teniendo en cuenta que las modificaciones de la *leg. fall.* al respecto son posteriores a la publicación del trabajo) pp. 1931-1932, que explica: «La Ley italiana distingue entre los actos a título gratuito y los pagos de créditos no vencidos, por una parte, y los actos a título oneroso, por otra. En el primer caso se trata de actos que se revelan en sí mismos perjudiciales o que suponen un trato de favor a determinados acreedores (arts. 64 y 65). La Ley fija una presunción de que se consideran en todo caso de actos que producen un daño a los acreedores, sin admitir prueba en contrario. El conocimiento de la contraparte de la situación del deudor resulta irrelevante (...). Con relación a los actos a título oneroso, la Ley sujeta la impugnación de los actos perjudiciales a los acreedores *al conocimiento de la contraparte de la situación de insolvencia del deudor*. La Ley diferencia a su vez entre los actos a título oneroso en los que se da una desproporción entre las prestaciones de las partes y aquellos actos realizados en condiciones normales en el marco ordinario de la actividad del deudor. En el primer caso, la Ley presume el conocimiento de la contraparte de la situación de insolvencia del deudor [art. 67.1 *Leg. Fall.*: «*Sono revocati, salvo che l'altra parte provi che non conosceva lo stato d'insolvenza del debitore (...)*»]. La falta de una adecuada contraprestación constituye el fundamento de la determinación de esta presunción legal. La contraparte se puede oponer mediante la manifestación de su buena fe (...). La Ley prevé también la impugnación de los actos a título oneroso realizados en condiciones normales. (...) *El administrador concursal únicamente debe probar en este supuesto el conocimiento de la contraparte de la situación de insolvencia del*

exige para la revocación concursal el *conocimiento de la contraparte de la situación de insolvencia del deudor* (cfr. art. 67 *leg. fall.*), ha sido conflictiva la cuestión de la prueba del mismo, contraponiéndose la *teoria della conoscibilità* (que defendía que era suficiente que la situación financiera del concursado fuera susceptible de ser conocida por un sujeto de prudencia y diligencia medias) con la *teoria della conoscenza* (defendiendo la necesidad de la demostración efectiva del conocimiento). A pesar de que la Corte Suprema prefería la segunda de las tesis, se apreció, con el tiempo, la dificultad con la que se encontraba el *curatore* a la hora de probar el conocimiento efectivo, al tratarse de una *situación psicológica de difícil prueba directa*¹³⁹. Por ello, la Corte Suprema permitió el recurso a la *prueba mediante indicios, cuando a estos se les pudiera atribuir la eficacia probatoria de las presunciones simples* para demostrar el conocimiento¹⁴⁰. En general, se solían considerar *indicios sintomáticos de la insolvencia*: la publicación de protestos, la existencia de procedimientos ejecutivos, sobre todo inmobiliarios (en tanto que sujetos a publicidad) o aquellos entablados/iniciados por el mismo demandado por una acción revocatoria/de reintegración, la inscripción de hipotecas, la publicación de balances con pérdidas, la propuesta por parte del empresario insolvente de acuerdos extrajudiciales o la publicación en la prensa de noticias relativas a vicisitudes de la empresa¹⁴¹.

Lo expuesto nos sugiere la siguiente reflexión: que los mismos indicios que pueden servir como *hecho base* para sustentar la presunción de conocimiento de la insolvencia por parte de aquellos que contratan con la sociedad, deberían poder servir para fundamentar una presunción de conocimiento por parte de los administradores de la situación de crisis. La lista referida –aunque recoge los supuestos más comunes y

deudor» [las cursivas son nuestras] [art. 67.2 *Leg. Fall.*: «Sono altresì revocati, se il curatore prova che l'altra parte conosceva lo stato d'insolvenza del debitore (...)»].

¹³⁹ En palabras de GALLESIO-PIUMA, M.E., «Indici presuntivi di conoscenza dello stato d'insolvenza (art. 67 l. fall.)», *Giur. comm.*, 1981, II, p. 112: «*risulta pacificamente acquisito il principio in forza del quale la prova della conoscenza da parte del terzo dell'insolvenza del soggetto poi dichiarato fallito può essere fornita dal curatore anche con presunzioni, purché gravi precise e concordanti (...) ed anche sulla base di un unico elemento presuntivo purché univoco*».

¹⁴⁰ *Ibidem*, pp. 113-114: «*il fatto ignoto (conoscenza dello stato di insolvenza) deriva dal fatto noto (manifestazione dello stato di insolvenza proiettato all'esterno e pertanto percepibile ed avente il requisito della gravità precisione e concordanza)*».

¹⁴¹ Los ejemplos son de PICCININI, V., «Prova della conoscenza dello stato di insolvenza e indici presuntivi risultanti dai bilanci (nota a Tribunale di Bologna, 6 giugno 2005)», *Dir. Fall.*, II, 2006, pp. 693-696.

admitidos de manera generalizada por doctrina y jurisprudencia- es meramente ejemplificativa, resultando admisibles otros indicios, a la vista del caso concreto.

2. La negociación de acuerdos de refinanciación. Ejemplo de aplicación como prueba indiciaria

En esta sede, la referencia a los acuerdos de refinanciación tiene una única finalidad: argumentar que el inicio de negociaciones de un acuerdo de refinanciación determina, *necesariamente*, el conocimiento *por parte del órgano de administración* del estado de crisis¹⁴², con anterioridad e independencia de que se haya comunicado o no la negociación del acuerdo al juzgado competente¹⁴³. No se pretende un estudio pormenorizado de la cuestión¹⁴⁴, limitando el análisis a dos cuestiones: (1) cuál el *presupuesto objetivo* del acuerdo (¿cabe iniciar las negociaciones cuando la sociedad no está en situación de crisis?)¹⁴⁵ y (2) si el órgano de administración es el único legitimado para la *negociación* de un acuerdo de refinanciación.

¹⁴² En línea con lo que se defenderá cuando se aborde la cuestión del órgano legitimado para la negociación, no se podrá alegar desconocimiento por parte del administrador fundamentado en que las negociaciones se estén realizando por empleados de la sociedad. La labor de gestión orgánica de una sociedad, aunque pueda ser delegada, exige de los administradores el establecimiento de un sistema *institucionalizado* de información o *feedback* por parte de aquéllos en quienes delegan la gestión.

¹⁴³ Al respecto de la comunicación, cfr. art. 5 bis 1 LC. Evidentemente, la falta de comunicación al juzgado supondrá en la práctica un problema de prueba del inicio de las negociaciones del acuerdo, pero ello no debe influir en el razonamiento jurídico aquí expuesto. Realizada la comunicación al juzgado, la presunción de conocimiento del estado de crisis resultará irrefutable. El periodo complejo es el que antecede al momento de la comunicación, y las operaciones que se hayan realizado con anterioridad a este momento. Corresponderá al acreedor o tercero que pretenda el ejercicio de la acción de responsabilidad la prueba de la existencia de las negociaciones. Probada la existencia de las mismas, el juzgador podrá presumir que el administrador conocía el estado de crisis.

¹⁴⁴ A pesar de las modificaciones normativas que han venido sucediendo en los últimos tiempos, debe citarse, por todos, PULGAR EZQUERRA, J., «Preconcurzalidad y acuerdos de refinanciación», en PULGAR EZQUERRA, J. (dir.), *El concurso de acreedores. Adaptado a la Ley 38/2011, de 10 de octubre, de reforma de la Ley Concursal*, La Ley, Madrid, 2012, pp. 35-110; ídem, *Preconcurzalidad y acuerdos de refinanciación: Adaptado a la Ley 38-2011, de 10 de octubre, de reforma de la Ley Concursal*, La Ley, 2012, *passim*; ARIAS VARONA, F.J. (dir.), *Conservación de empresas en crisis. Estudios jurídicos y económicos*, La Ley, Madrid, 2013, *passim*.

¹⁴⁵ En Italia (art. 182 bis *leg. fall.*, cuya regulación de los llamados «escudos protectores» ha servido de inspiración al legislador español), el *stato di crisi* (cuya determinación remitimos a lo expuesto en este mismo Capítulo), además de presupuesto objetivo del concordato preventivo, es presupuesto objetivo para la solicitud de acuerdos de reestructuración de deuda (art. 182-bis *leg. fall.*). Así, el empresario que se encuentre en estado de crisis puede solicitar la homologación, cumpliendo con las exigencias establecidas en la Ley, de un acuerdo de reestructuración de deuda. En este acuerdo, según establece art. 182 bis p. 1, último inciso *leg. fall.*, se hará particular referencia a su idoneidad para asegurar *el pago regular de los acreedores ajenos al acuerdo*, es decir, *por la totalidad del importe y a su vencimiento*. Con relación a los demás acreedores, se produce una reestructuración de deuda que permite el pago parcial y dilatado de algunas obligaciones. Para un preciso estudio de esta cuestión por nuestra doctrina,

Es conveniente empezar por recordar que la introducción en la LC de un procedimiento de refinanciación preconcursal busca potenciar «las soluciones preconcursales amistosas» con la finalidad de permitir «la continuidad de la actividad sin los costes económicos, temporales y reputacionales que conlleva la declaración de un procedimiento concursal»¹⁴⁶.

Los acuerdos de refinanciación se pueden clasificar en *típicos* o *atípicos*, según se adapten o no a los requisitos legalmente establecidos (*vid.* arts. 71 bis y DA 4ª LC). La ausencia de cumplimiento de dichos requisitos no supone la invalidez del acuerdo, sino su aplicación al régimen general de rescisorias, «no disfrutando de “escudo protector” alguno en un eventual concurso de acreedores». Dentro de los acuerdos de refinanciación *típicos*, la doctrina distingue entre *acuerdos preconcursales generales de refinanciación*, si se adaptan a lo establecido en el art. 71 bis LC, y *acuerdos particulares de refinanciación con homologación judicial*, cuando se trate de acuerdos que se adecúen a la regulación establecida en la Disposición Adicional 4ª de la LC¹⁴⁷.

Nuestra regulación permite al deudor negociar acuerdos de refinanciación *típicos*, generales o particulares, cuando concurra una situación de insolvencia, tanto inminente como actual, y no se haya producido declaración de concurso, tratándose, por tanto de acuerdos cuya finalidad es la de *conseguir la conservación y posterior saneamiento de una empresa que se encuentra en una situación de crisis empresarial*¹⁴⁸. En principio, los acuerdos están *necesariamente* vinculados a la existencia de un estado de dificultades financieras siendo la eliminación de dicho estado, precisamente, la *ratio* para el otorgamiento de un trato favorable diferenciado en el contexto concursal a este tipo de acuerdos¹⁴⁹. Ahora bien, no está legalmente determinado si la situación de la

ARIAS VARONA, F.J., «Los acuerdos de refinanciación en el contexto comparado», en ARIAS VARONA, F.J. (dir.), *Conservación de empresas en crisis. Estudios jurídicos y económicos*, La Ley, Madrid, 2013, pp. 50-52.

¹⁴⁶ PULGAR EZQUERRA, J., «Preconcursalidad y acuerdos de refinanciación», *cit.*, p. 39. Para una síntesis del constante proceso de evolución legislativa, PULGAR EZQUERRA, J., «Ley 17/2014 de medidas urgentes en materia de refinanciación y reestructuración de deuda empresarial y Real Decreto-Ley 11/2014 de reformas urgentes en materia concursal: nuevos paradigmas», *Diario La Ley*, 8391/2014, pp. 1 ss. (formato electrónico).

¹⁴⁷ PULGAR EZQUERRA, J., «Preconcursalidad y acuerdos de refinanciación», *cit.*, p. 43.

¹⁴⁸ PULGAR EZQUERRA, J., «Preconcursalidad y acuerdos de refinanciación», *cit.*, p. 44: si la insolvencia es inminente el acuerdo de refinanciación será *preventivo*; si la insolvencia es actual el acuerdo será de *remoción de la insolvencia*.

¹⁴⁹ Destacan GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ, J.A./LÓPEZ SÁNCHEZ, J., *La Reforma de la Ley Concursal. Una primera lectura del Real Decreto-Ley 3/2009*, Thomson Reuters, Navarra, 2009, pp. 26-27 la «necesaria justificación material del acuerdo de refinanciación». Aunque, como recuerda PULGAR EZQUERRA, J., «Preconcursalidad y acuerdos de refinanciación», *cit.*, p. 46, «en el modelo español la protección de los acuerdos de refinanciación no se produce en el marco de un procedimiento instaurado ad hoc como

sociedad ha de tener una *gravedad mínima de insolvencia inminente*, o si se pueden desarrollar negociaciones en un estadio previo, el que hemos definido como *estado de crisis*, y si las operaciones realizadas en dicho periodo han de ser susceptibles de ser considerados acuerdos típicos¹⁵⁰.

En cualquier caso, el hecho de que determinados acuerdos hayan sido tipificados por una norma no debe desviar la atención de lo que es, en esta sede, principal. La posibilidad de presumir el conocimiento del estado de crisis por parte de los administradores no se ha de limitar al supuesto de acuerdos típicos (supuesto en que resultaría altamente improbable que el juzgador no admitiera la presunción de conocimiento por parte de los administradores, dejando ahora al margen cuestiones de delegación de funciones o reparto de tareas intraorgánicas). Lo interesante es admitir que la prueba de la existencia de meras negociaciones cuyo *contenido financiero sea el típico de los acuerdos de refinanciación* resulte suficiente para ser considerado *hecho base* de una presunción judicial de conocimiento del estado de crisis (en sentido amplio) por parte de los administradores. En consecuencia, la presunción podrá ser esgrimida por quien se considere perjudicado por las operaciones realizadas por los administradores que coincidan temporalmente con las negociaciones de un acuerdo de refinanciación, típico o atípico.

Ahora bien, si centramos la importancia del acuerdo en esta sede en el contenido, más que en los requisitos formales de tipicidad, resulta necesario determinar cuál es el *contenido financiero típico* de los acuerdos de refinanciación¹⁵¹, común a los acuerdos

acontece en el modelo francés o italiano, el deudor no debe probar su situación económica en modo alguno ante el registrador mercantil o ante el experto independiente designado por aquel que se pronuncia sobre el plan de viabilidad y las posibilidades de continuación de la actividad, no existiendo además previsión alguna de que en su informe se contenga pronunciamiento alguno sobre la situación económica del deudor que refinañcia frente a modelos como el italiano. Tampoco ha de proceder a ello ante una instancia judicial probando su situación económica ni tan siquiera en los acuerdos de refinanciación particulares sometidos a homologación judicial». También sobre la ausencia de presupuesto objetivo legalmente establecido BELTRÁN, E./ GARCÍA-CRUCES, J.A., «Acuerdos de refinanciación», en BELTRÁN, E./GARCÍA-CRUCES, J.A. (dirs.) *Enciclopedia de Derecho Concursal*, T. I, Thomson-Reuters, Pamplona, 2102, p. 154.

¹⁵⁰ PULGAR EZQUERRA, J., «Preconcursalidad y acuerdos de refinanciación», *cit.*, p. 44. Puntualiza la autora que la insolvencia inminente ha de entenderse «no tanto en el sentido de la acepción jurídica del término *ex art. 2.3 LC* cuanto en su acepción Económica (p. ej., situaciones de pérdidas, desbalance, informes de auditoría o gestión “preocupantes”)».

¹⁵¹ En relación con esta cuestión, PULGAR EZQUERRA, J., «Preconcursalidad y acuerdos de refinanciación», *cit.*, p. 55 entiende que la LC no contiene un *concepto* de acuerdo de refinanciación. Lo que sí regula es el *contenido financiero típico*, contenido que permite delimitar el *ámbito de aplicación material de los escudos protectores*. Además, la autora (*ibídem*, p. 57) considera que «este contenido legal mínimo de carácter financiero puede completarse y coexistir con otros contenidos atípicos

generales y particulares¹⁵², y que viene especificado en el artículo 71 bis LC, cuando dispone que no serán rescindibles los acuerdos de refinanciación alcanzados por el deudor, ni los negocios, actos y pagos, cualquiera que sea la naturaleza y la forma en que se hubieren realizado, ni las garantías constituidas en ejecución de los mismos¹⁵³, cuando en virtud de dichos acuerdos se proceda, al menos, (a) a la ampliación significativa¹⁵⁴ del crédito disponible o (b) a la modificación o extinción de obligaciones, mediante prórroga de su plazo de vencimiento o mediante establecimiento de otras contraídas en sustitución de aquéllas, y siempre y cuando respondan a un plan de viabilidad que permita la continuidad de la actividad empresarial en el corto y medio plazo.

En definitiva, la prueba de la existencia de negociaciones para la elaboración de un acuerdo cuyo contenido financiero sea el típico de los acuerdos de refinanciación habrá de ser considerado, según nuestro planteamiento, *indicio del conocimiento por el deudor –del administrador, en el supuesto de las sociedades de capital- del estado de crisis.*

La segunda cuestión relevante en esta sede es la del *órgano legitimado para la negociación/conclusión del acuerdo de refinanciación*. Ante la ausencia de regulación de la cuestión del órgano competente *ex art. 5 bis LC* para la comunicación del inicio de negociaciones, bien de propuesta anticipada de convenio, bien de acuerdo de refinanciación, debe entenderse que será competente el órgano legitimado para solicitar la declaración de concurso¹⁵⁵, en línea con lo establecido en el art. 3.1 LC, «[t]odo ello sin necesidad de previa convocatoria ni acuerdo favorable de la junta»¹⁵⁶. Se acoge esta

adicionales que no conlleven en puridad la ampliación del crédito disponible, ni reestructuración o reordenación del pasivo (...), pero que en todo caso han de permitir la continuidad de la actividad profesional o empresarial a corto o medio plazo».

¹⁵² PULGAR EZQUERRA, J., «Preconcurabilidad y acuerdos de refinanciación», *cit.*, p. 84

¹⁵³ PULGAR EZQUERRA, J., «Preconcurabilidad y acuerdos de refinanciación», *cit.*, p. 84, entiende que la exención rescisoria alcanza también a actos con terceros que, no siendo firmantes, hacen posible el acuerdo.

¹⁵⁴ En relación con el adjetivo «*significativas*», PULGAR EZQUERRA, J., «Preconcurabilidad y acuerdos de refinanciación», *cit.*, p. 56.

¹⁵⁵ Al respecto de la cuestión del órgano legitimado para solicitar la declaración de concurso, *vid., infra*, Parte Segunda, Capítulo III.

¹⁵⁶ PULGAR EZQUERRA, J., *Preconcurabilidad y acuerdos de refinanciación...*, *cit.*, p. 381. En el mismo sentido, MORENO SERRANO, E., «Solicitud de concurso y refinanciación de deuda en sociedades de capital: órgano legitimado», *RDCP*, 18/2013, pp. 217-218. Destaca el autor, sin embargo, que «cuando esa propuesta lleve aparejado un aumento de capital, una modificación estructural (...), o cualquier otra modificación de los estatutos, se requerirá la aprobación de la junta general, ya que se trata de asuntos de

opción como adecuada no sólo desde un punto de vista estrictamente jurídico-concursal, sino también práctico, en tanto ofrece una mayor agilidad y evita los perjuicios que la publicidad en el tráfico de la situación en crisis pueden producir. Sin embargo, considera que puede tener implicaciones relevantes desde una óptica jurídico-societaria.

En tal sentido, se destaca que «el órgano de administración o liquidación, podría incurrir en responsabilidad en un ámbito societario por los perjuicios que pudieron derivar de la presentación de la comunicación *ex art. 5 bis LC*», por lo que puede resultar aconsejable «que la presentación de la comunicación se acompañe, en la medida en que sea posible, de simultánea convocatoria de la junta o, en su caso, de posterior ratificación de la presentación de la comunicación por ésta»¹⁵⁷.

Por tanto, entendemos que no es posible un supuesto en que el órgano de administración sea desconocedor (de manera no culpable) de la existencia de negociaciones de un acuerdo de refinanciación (conclusión que extenderemos al supuesto de propuesta anticipada de convenio). Podría suceder que, dependiendo de las delegaciones de funciones existentes, el órgano no conociera la existencia de dichas negociaciones en su fase más inicial, en tanto aquél en quién hayan delegado esta rama de la gestión no informara al órgano en pleno del inicio de negociaciones. Sin embargo, éste habrá de ser, *necesariamente*, un periodo de tiempo de la mayor brevedad posible¹⁵⁸.

Sintetizando, la propia necesidad de medidas de saneamiento -mecanismos para la superación de una situación de excesiva exposición crediticia- implica necesariamente que el deudor –en nuestro supuesto, la sociedad- se encuentra en estado de crisis¹⁵⁹. En

su competencia (art. 160 LSC), sobre los que debe decidir antes o después de su definitiva aprobación por los acreedores (...). Al margen de estas situaciones en las que el acuerdo de refinanciación afecte a materias cuya decisión compete a la junta, los socios, salvo posible disposición estatutaria en contra, no han de pronunciarse sobre la posible presentación de una propuesta de acuerdo de refinanciación ni sobre el contenido del mismo, como podría ser el que incluyera la resolución de determinados contratos con obligaciones recíprocas, una modificación sustancial de las condiciones de trabajo, inclusive del personal de alta dirección, el cierre de sucursales o el cese de alguna línea de negocio no rentable. Estas decisiones quedan en manos del órgano de administración y serán adoptadas atendiendo al modelo de organización del mismo».

¹⁵⁷ PULGAR EZQUERRA, J., *Preconcursalidad y acuerdos de refinanciación...*, cit., p. 382. Como manifestó SATTA, S., *Diritto fallimentare*, CEDAM, Padova, 1974, p. 39: «*Così è frequente che il fallimento, misura sempre deleteria, sia preceduto da piani di risanamento dell'impresa. Questi possono portare a eliminare l'insolvenza (di solito con apporto di capitali e con cambiamenti di mano), ma se non hanno buon esito, non fanno che mettere a nudo maggiormente l'insolvenza originaria, rendendo ineluttabile la dichiarazione di fallimento*».

¹⁵⁸ Sobre la influencia de la delegación en el régimen de responsabilidad de administradores, *vid., infra*, Parte Primera, Capítulo III, D.

¹⁵⁹ Resulta irrelevante en este momento si en sentido amplio o estricto.

consecuencia, *se puede presumir que si una sociedad de capital realiza alguna de las operaciones consideradas como contenido típico del acuerdo de refinanciación – operaciones esencialmente dirigidas al saneamiento de la sociedad-, o comienza las negociaciones necesarias para ejecutar dichas medidas, los administradores, en tanto órgano encargado de la gestión societaria, conocen, o deben conocer, de la existencia de una situación de crisis que exige de medidas de saneamiento y de la realización de operaciones de esa misma naturaleza. El desconocimiento será necesariamente culposos en tanto contrario a la diligencia gestora debida.*

3. Referencia a otros posibles indicios de conocimiento del estado de crisis

Por último, simplemente referir, sin que podamos detenernos a desarrollarlos, otros posibles indicios de conocimiento del estado de crisis.

En primer lugar, es posible extender, *mutatis mutandis*, las conclusiones alcanzadas en relación con los acuerdos de refinanciación al supuesto en que lo que se negocie **sean adhesiones a una propuesta anticipada de convenio**¹⁶⁰, que se podrá considerar también como un *indicio de conocimiento del estado de crisis*.

Las adhesiones necesarias (cfr. art. 106 LC) para la presentación de propuesta anticipada de convenio exigen la existencia de una *negociación extrajudicial* entre el deudor y determinados acreedores, que en muchos casos será previa al inicio del proceso concursal¹⁶¹, lo que resulta lógico, en tanto la Ley permite presentar propuesta anticipada de convenio con la solicitud de concurso voluntario del deudor (cfr. art. 104 LC). Por tanto, en primer lugar, la comunicación al juzgado de la existencia de negociaciones para obtener las adhesiones necesarias –que permite suspender, como en el supuesto del acuerdo de refinanciación, el deber de solicitud de concurso, cfr. art. 5 bis- implicará necesariamente el conocimiento por el órgano de administración de la

¹⁶⁰ Cfr. arts. 104 ss. LC. Para una síntesis sobre el régimen jurídico de la propuesta anticipada de convenio, *vid.*, JACQUET YESTE, T., «La propuesta anticipada de convenio en las reformas de la Ley Concursal», en ARIAS VARONA, F.J. (dir.), *Conservación de empresas en crisis. Estudios jurídicos y económicos*, La Ley, Madrid, 2013, pp. 216-220, esp. p. 219.

Sobre la propuesta anticipada de convenio, ampliamente, *vid.*, ENCISO ALONSO-MUÑUMER, M., *La judicialización de los convenios extrajudiciales: la propuesta anticipada de convenio*, La Ley, Madrid, 2012, *passim*; JACQUET YESTE, T., *La propuesta anticipada de convenio*, La Ley, Madrid, 2012, *passim*.

¹⁶¹ En palabras de ENCISO ALONSO-MUÑUMER, M., *op. cit.*, p. 191, «los contactos previos en el marco de la autonomía de la voluntad de las partes suministran información al deudor a la hora de redactar su propuesta sobre la actitud de los acreedores frente a la crisis o a la posible crisis, simplificándose y agilizándose el procedimiento».

situación de crisis, en tanto órgano legitimado para la presentación¹⁶². Pero, además, probada por el que la alegue la existencia de negociaciones extrajudiciales, en momentos previos a la comunicación al juzgado, habrá de servir como hecho base para fundamentar la presunción de conocimiento del estado de crisis por parte del órgano de administración.

También deben considerarse indicio bastante para fundamentar una presunción de conocimiento del estado de crisis los actos realizados por el deudor susceptibles de exención revocatoria *ex* artículo 71 bis LC.

Es interesante en esta sede realizar una referencia a la exención de la acción revocatoria establecida en el art. 67, p.3, d) *leg. fall.* El art. 66 *leg. fall.* permite al *curatore* solicitar que sean declarados ineficaces los actos realizados por el deudor en perjuicio de los acreedores, conforme lo establecido en el *c.c.* A continuación, el art. 67 *leg. fall.* enumera una serie de actos que resultan revocables, salvo que la otra parte pruebe que desconocía el estado de insolvencia. Posteriormente, el artículo enumera también una serie de actos no revocables. En concreto, la letra d) de esta norma establece la irrevocabilidad de «*gli atti, i pagamenti e le garanzie concesse su beni del debitore purché posti in essere in esecuzione di un piano che appaia idoneo a consentire il risanamento della esposizione debitoria dell'impresa e ad assicurare il riequilibrio della sua situazione finanziaria (...)*». Se dispone, en definitiva, una *exención a la acción revocatoria* de aquellos *actos dirigidos al saneamiento* con la finalidad de permitir al deudor que se encuentra en una situación de *excesiva exposición al crédito* adoptar medidas que permitan el reequilibrio de su situación, sin correr el riesgo de la rescisión en sede concursal de aquellas actuaciones, siempre y cuando, las operaciones de saneamiento hayan cumplido con los requisitos establecidos en la norma analizada, requeridos para que resulte aplicable la protección ante la posible rescisión: (1) realización de operaciones de acuerdo a un plan que parezca *adecuado* a la finalidad de reequilibrio expuesta, (2) informe de profesional independiente sobre la veracidad de los datos expuestos y la viabilidad del plan. La propia necesidad de medidas de saneamiento -mecanismos para la superación de una situación de excesiva exposición crediticia- implica necesariamente que el deudor –en nuestro supuesto, la sociedad- se encuentra en estado de crisis (resultando irrelevante en este momento si en sentido amplio o estricto). En consecuencia, *se puede presumir* que si una sociedad de capital realiza alguna de las operaciones contenidas en la exención del art. 67 d) *leg. fall.* –operaciones esencialmente dirigidas al saneamiento de la sociedad-, o comienza las negociaciones necesarias para ejecutar dichas medidas, los administradores, en tanto órgano encargado de la gestión societaria, conocen, o

¹⁶² Cfr. ENCISO ALONSO-MUÑUMER, M., *op. cit.*, p. 209, que puntualiza que «éste es el órgano competente (...) sin que sea preciso que la propuesta sea aprobada por la junta general de socios, de igual modo que la solicitud de concurso tampoco requiere conforme a la LC la concurrencia de dicho requisito. Ello además por coherencia con las funciones que se atribuyen a los miembros del órgano de administración en el contexto de una situación de insolvencia y, porque la presentación de propuesta anticipada de convenio en modo alguno perjudica a los socios».

deben conocer, de la existencia de una situación de crisis que exige de medidas de saneamiento y de la realización de operaciones de esa misma naturaleza. El desconocimiento será necesariamente culposo en tanto contrario a la diligencia gestora debida. **En conclusión, de la realización o preparación para la realización de los actos contenidos en el art. 67 d) *leg. fall.* podrá presumirse el conocimiento por parte de los administradores de la situación de crisis en que se encuentra la sociedad**¹⁶³.

Como último ejemplo, se puede hacer referencia a la financiación societaria en situaciones de crisis vía préstamo de los socios. El tema de la responsabilidad de los socios derivada de la infracapitalización nominal¹⁶⁴ excede, por su ámbito subjetivo, el de nuestro estudio, así como el de la subordinación concursal de sus créditos¹⁶⁵. Simplemente, se menciona este supuesto en tanto pueda servir para identificar un *indicio del estado de crisis el recurso irregular a la financiación societaria vía préstamo de socios*¹⁶⁶.

4. Recapitulación. El recurso a la prueba indiciaria del conocimiento del estado de crisis

En primer lugar, es importante recalcar que en este momento sólo se está haciendo referencia a determinados medios de que podría disponer el tercero perjudicado para alegar en el curso de un procedimiento judicial (no necesariamente concursal) el conocimiento del estado de crisis por parte del deudor (en nuestra hipótesis de estudio, representado por sus administradores sociales). La existencia de negociaciones para la

¹⁶³ En este sentido, recientemente, SCARLINO, D., *op. cit.*, p. 288-289. En nuestra doctrina, *vid.*, para una referencia a esta regulación, ARIAS VARONA, F. J., «Los acuerdos de refinanciación en el contexto comparado» (capítulo de libro), en ARIAS VARONA, F. J. (dir.), *Conservación de empresas en crisis. Estudios jurídicos y económicos*, La Ley, Madrid, 2013, pp. 50-52. Se refiere este autor a este conjunto de actuaciones como *acuerdos de saneamiento*, categoría que hay que diferenciar de los *acuerdos de reestructuración* del art. 182 bis *leg. fall.*

¹⁶⁴ Sobre este concepto, por todos, PAZ-ARES RODRÍGUEZ, C., «Sobre la infracapitalización de las sociedades», *ADC*, 1983, pp. 1587-1639; PAZ-ARES RODRÍGUEZ, C., «La infracapitalización. Una aproximación contractual», en RODRÍGUEZ ARTIGAS, F. *et alt.* (coord.), *Derecho de sociedades de responsabilidad limitada*, T. I, McGraw-Hill, Madrid, 1996, pp. 65-86.

¹⁶⁵ Especialmente referidos a la conexión entre crisis empresarial y subordinación concursal de créditos, MARÍN DE LA BÁRCENA GARCIMARTÍN, F., «Subordinación de créditos de socios y concurso de sociedades de capital», *RDCP*, 12/2010, pp. 93-115; PÉREZ MILLÁN, D., «La subordinación de créditos y los pactos de socios», *RDCP*, 18/2013, pp. 143-165.

¹⁶⁶ Distinto es el recurso, en una situación de bonanza económica, al crédito por parte de los socios, que no tiene por qué considerarse irregular. Ahora bien, como sostienen MARÍN DE LA BÁRCENA GARCIMARTÍN, F., «Subordinación...», *op. cit.*, pp. 114-115 o PÉREZ MILLÁN, D., «La subordinación...», *cit.*, p. 146, ante una situación de crisis económica, la continuidad en estos términos de la sociedad puede entrañar riesgos para los acreedores por el mantenimiento en el tráfico de una sociedad que debería haber iniciado un proceso concursal.

elaboración de acuerdos de refinanciación, así como, por ejemplo, la preparación de convenios anticipados o la concesión de préstamos sustitutivos de capital demuestran la existencia de un estado de crisis empresarial y, en consecuencia, pueden servir de indicio del conocimiento (o desconocimiento negligente, en los términos argumentados), por parte de aquéllos encargados de tales gestiones del estado de crisis.

En tanto que la comunicación al juzgado competente del inicio de negociaciones para alcanzar acuerdo de refinanciación típico o para obtener adhesiones a propuesta anticipada de convenio por parte de los administradores exige (con las salvedades hechas en relación con la ausencia de determinación de presupuesto objetivo) la concurrencia del presupuesto de un estado de dificultad, es casi una obviedad señalar que si los administradores realizan alguna de estas operaciones es porque conocen la situación que atraviesa la sociedad. Es decir, que conocían que la sociedad *se encontraba o dirigía a la insolvencia*¹⁶⁷. Pero más relevante es adelantar el momento del conocimiento jurídicamente relevante para hacerlo coincidir, en la medida de lo posible, con el conocimiento real. Entendemos que se puede presumir, como mínimo, que en el momento en que los administradores *comienzan las negociaciones tendentes a la consecución de alguno de los negocios jurídicos planteados como indicios* conocen la existencia de una situación de crisis empresarial. En consecuencia, se podría defender tanto la exigencia de un especial deber de cuidado de los administradores en ese plazo, especialmente en lo relativo a nuevas contrataciones o asunción de nuevas deudas, como responsabilidad derivada de los daños producidos a terceros derivados de actuaciones realizadas por los administradores en ese plazo que, por ser contrarias a dicho deber de cuidado, podrían ser consideradas como antijurídicas.

Cuestión distinta, sobre la que convendría que el legislador reflexionase, es la viabilidad y necesidad de creación de un sistema de presunciones *legales* de conocimiento del estado de crisis *en sentido estricto*.

Esta no es una idea original, ni siquiera en la propia Ley concursal. Así, el artículo 5.1 de la Ley Concursal regula el deber del deudor de solicitar la declaración de concurso dentro de los dos meses siguientes a la fecha en que el deudor hubiera conocido o hubiera debido conocer su estado de insolvencia y, a continuación, el artículo 5.2 LC establece que, salvo prueba en contrario, *se presumirá que el deudor conoce su estado*

¹⁶⁷ SCARLINO, D., *op. cit.*, pp. 273-312.

de insolvencia cuando se haya producido alguno de los eventos recogidos en el artículo 2.4 LC y, en el caso de tratarse de alguno de los hechos dispuestos en el número 4º de la citada norma, cuando hubiera transcurrido el plazo allí previsto¹⁶⁸.

De la misma manera, probado por el demandante, si se regularan como presunciones legales, la existencia de los indicios de conocimiento del estado de crisis y no enervada por el demandado (administrador) la presunción de conocimiento generada por alguno de estos indicios, se podría enjuiciar la gestión del administrador conforme los estándares y estructura de intereses específica del estado de crisis, es decir, conforme a lo que podemos denominar, de manera genérica, **un estándar de administración diligente en la crisis**, que puede, de una manera preliminar, sintetizarse de la manera que sigue: una vez determinado que el administrador conocía, o debía haber conocido, la existencia de un estado de crisis, el estándar de diligencia ha de tener como fundamento la idea de que el administrador no debería haber realizado ninguna operación que *para un observador experimentado era objetivamente adecuada para causar o agravar el estado de crisis*.

¹⁶⁸ Para una aproximación a los «hechos externos», por todos, ROJO FERNÁNDEZ-RÍO, A., «Comentario al artículo 2», *cit.*, pp. 183-193.

CAPÍTULO II. EL INTERÉS SOCIAL EN LA CRISIS EMPRESARIAL

A. Introducción. La importancia del estudio de la cláusula del interés social para la protección de los intereses de los acreedores en la crisis empresarial

Se ha escrito mucho -y, probablemente, se seguirá escribiendo- en torno a la cláusula del interés social. ¿Cuál es su contenido? ¿Quién es el beneficiario último de la misma? ¿Contenido y beneficiarios se mantienen inalterados independientemente del contexto? No es posible en esta sede afrontar con el detenimiento que el tema requiere el complejo elenco de cuestiones que el estudio del interés social plantea. Por ello, debemos centrar nuestro esfuerzo en el que es el ámbito de nuestro trabajo: la crisis empresarial, adelantando ya la cuestión que, a efectos de esta tesis, preocupa: la necesidad de determinar si el contenido de la cláusula del interés social –en especial, en lo relativo a los beneficiarios de dicho deber- sufre alteraciones cuando la sociedad afronta una situación de crisis. Como sabemos, en el modelo seguido en España, las sociedades de capital se configuran como una organización destinada a canalizar y perseguir el interés de los aportantes de capital. En sentido contrario, la protección del interés de los denominados *stakeholders* está, en principio, limitada a lo que se haya establecido en el contrato que los vincula con la sociedad. Sin embargo, en este capítulo nos plantearemos si en el contexto de una crisis el contenido del interés social se modifica, pasando a incluir el interés de los acreedores junto al de los socios o, incluso, si deja de identificarse con el de los socios y pasa a concretarse en el interés de los acreedores. Y, en ambos supuestos, en qué medida esta modificación de los beneficiarios del interés social afecta a los estándares de conducta de los administradores¹⁶⁹.

¹⁶⁹ Nada nuevo planteamos que no se haya planteado ya. En palabras de ESTEBAN VELASCO, G., «Interés social, buen gobierno y responsabilidad social corporativa (algunas consideraciones desde una perspectiva jurídico-societaria)», en AAVV, *Responsabilidad social corporativa, aspectos jurídico-económicos*, Publicacions de la Universitat Jaume I, 2005, pp. 17-18: «La perspectiva que ahora interesa sobre el interés social (o de la empresa) es aquella que lo concibe como cláusula general explícita o implícita que fija el criterio de actuación de los administradores y del control de lo actuado por éstos. (...) En una primera aproximación de lo que se trata es de concretar cuáles son los intereses que deben promover o satisfacer los administradores en el caso de una sociedad anónima (...) ¿Al servicio de quién están los administradores? ¿Ante quiénes responden? ¿Ante quiénes responden en derecho y socialmente? ¿Quién puede exigirles responsabilidad y con qué instrumentos?»

B. Las interpretaciones anglo-americanas de la cláusula del interés social en la crisis

1. El deber de tener en consideración los intereses de los acreedores

1.1. Introducción. Los deberes fiduciarios de los administradores y la crisis empresarial

En los ordenamientos de influencia británica uno de los deberes que, de manera tradicional, se considera que nacen de la posición fiduciaria de los administradores¹⁷⁰, es el deber de actuar de buena fe en interés de la sociedad (*the director owes a fiduciary duty to act in bona fide in the best interest of the company*), deber que, como veremos, se concreta en el interés de los socios (*shareholder value*)¹⁷¹. En línea de principio, los administradores no estarían obligados a considerar los intereses de terceros –en concreto y para el supuesto que nos ocupa, los de los acreedores sociales–, que quedan al margen del «mejor interés de la sociedad»¹⁷². La protección de los terceros se derivaba de lo que específicamente previera el ordenamiento jurídico o los contratos que los vincularan con la sociedad¹⁷³.

Sin embargo, a lo largo del último cuarto del siglo pasado el postulado anterior ha sido discutido, preconizando por parte de la doctrina y la jurisprudencia la necesidad de una

¹⁷⁰ Los deberes fiduciarios impuestos a los administradores han sido establecidos por el *Common Law* aunque posteriormente distintas leyes societarias los hayan codificado. En Gran Bretaña tienen su origen en un conjunto de deberes elaborados por la *Court of Chancery* en los siglos XVIII y XIX para garantizar que aquellos que gestionaban con capacidad representativa activos de terceras personas (*trustees*) actuasen de buena fe y protegiendo los intereses de sus representados. Posteriormente se extendieron analógicamente los deberes fiduciarios de los *trustees* a los administradores societarios, ya que actuaban con capacidad representativa en beneficio de la sociedad, cuyo interés debían defender y anteponer al propio. *Vid.*, para una recapitulación histórica de la evolución de la figura del administrador societario y de la naturaleza de sus deberes fiduciarios, PENNINGTON, R.R., *Directors' Personal Liability*, BSP Professional Books, 1989, pp. 33-36.

¹⁷¹ Tradicionalmente no se discutía que el deber de los administradores de velar por los intereses de la sociedad se entendía concretado en la obligación de velar por los intereses de los socios en su conjunto, no individualmente considerados (PENNINGTON, R.R., *op. cit.*, p. 59; FARRAR, J.H./FUREY, N.E./HANNINGAN, B.M., *op. cit.*, p. 380; LOOSE, P./GRIFFITHS, M./IMPEY, D., *The Company Director*, 9ª ed., Jordan Publishing Limited, Surrey, 2007, p. 238). Existían más discrepancias en lo referente a si había que tener en consideración simplemente a los socios «presentes» o a los socios «presentes y futuros», aunque históricamente la interpretación de los tribunales británicos era que el interés de la sociedad se identificaba con el interés de los socios, tanto presentes como futuros (RILEY, C.A., «Directors' Duties and the Interests of Creditors», *The Company Lawyer*, vol. 10, nº 5, mayo, 1989, p. 87).

¹⁷² Por todos, LOOSE, P./GRIFFITHS, M./IMPEY, D., *op. ult. cit.* Además, como señala RILEY, C.A., *op. ult. cit.*, en este contexto no sólo no estarían los administradores obligados a tener en cuenta los intereses de terceros, como empleados o acreedores sino que, incluso, podría considerarse tal actuación como una ruptura del deber de actuar en interés de la sociedad en la medida en que se perjudicase con ese comportamiento el interés de los accionistas.

¹⁷³ Así, por ejemplo, ZIEGEL, J.S., «Creditors as Corporate Stakeholders. The Quiet Revolution – An Anglo-Canadian Perspective», 43 *U. Toronto L.J.* 511 1993, p. 517.

expansión del contenido del concepto del interés social. En concreto, en el contexto de las sociedades en crisis, esta extensión se fundamenta en que la proximidad a la insolvencia sitúa a los acreedores como perjudicados efectivos de los riesgos empresariales no fructíferos asumidos por la sociedad, ocupando *de facto* el lugar de los accionistas como interesados últimos en los resultados de la gestión social. Ello exigiría, en consecuencia, que los administradores sustituyeran determinadas pautas de gestión que les son habitualmente propias (el interés social igualado al interés de los socios) y que evitaran asumir riesgos excesivos y/o ineficientes que pudieran afectar de manera significativa a la capacidad de cobro de los acreedores, entendiendo que *cuando la sociedad es insolvente o se encuentra próxima a la insolvencia el interés social no debe identificarse automáticamente con el de los socios, sino que debe complementarse o, incluso, reemplazarse, por el de los acreedores*¹⁷⁴.

Las tendencias a favor de una modificación del principio tradicional arriba referido se aprecian en la *Companies Act 2006*, que dispone en la sección 172 (1) que el administrador, actuando en defensa del interés de la sociedad, ha de tener en consideración la repercusión que la actividad societaria tenga en otros grupos de interés (*enlightened shareholder value*)¹⁷⁵. Se considera éste como un deber *de tener en consideración* (*to have regard, amongst other matters*)¹⁷⁶ que se coordina y subordina con el principal de defensa del interés de los socios¹⁷⁷.

Sin embargo, la *Companies Act* no reconoce a los acreedores en general como *grupo de interés* (sí a los proveedores, por ejemplo), lo que, en principio, y a los efectos de este

¹⁷⁴ Sintetizando adecuadamente esta cuestión, DAVIES, P., *Gower's Principles of Modern Company Law*, 6ª ed. por PAUL DAVIES, Sweet & Maxwell, London, 1997, cit., p. 603; FINCH, V., *Corporate Insolvency Law...*, cit., p. 681.

¹⁷⁵ **Section 172 CA.- Duty to promote the success of the company**

(1) *A director of a company must act in the way he considers, in good faith, would be most likely to promote the success of the company for the benefit of its members as a whole and in doing so have regard (amongst other matters) to (a) the likely consequences of any decision in the long term, (b) the interests of the company's employees, (c) the need to foster the company's business relationships with suppliers, customers and others, (d) the impact of the company's operations on the community and the environment, (e) the desirability of the company maintaining a reputation for high standards of business conduct, and (f) the need to act fairly as between members of the company.*

Al respecto, por todos, KEAY, A., «Moving Towards Stakeholderism? Constituency Statutes, Enlightened Shareholder Value and all that: Much Ado about Little?», *SSRN Working Papers*, enero de 2010, p. 24

¹⁷⁶ HANNINGAN, B., *Company Law*, 2ª ed., Oxford University Press, 2009, pp. 214-215 («what is required is a "proper consideration"»).

¹⁷⁷ BIRDS, J., «The Duties of Directors», *Boyle & Birds' Company Law*, 8ª ed., Jordans, Bristol, 2011, pp. 637-638; HANNINGAN, et alt. *Hannigan and Prentice: The Companies Act 2006. A Commentary*, 2ª ed., Lexis Nexis Butterworths, Hampshire, 2009, p. 31.

trabajo, podría llevar a pensar que no son *stakeholders* favorecidos por el deber que establece la sección 172 (1)¹⁷⁸. Ahora bien, posteriormente, la sección 172 (3) dispone que el deber establecido en el 172 (1) ha de someterse a cualquier norma o principio que exija de los administradores tener en consideración, en determinadas circunstancias, los intereses de los acreedores¹⁷⁹, deber que se interpreta como el reconocimiento de la existencia de una modificación en el contenido del interés social a favor de los acreedores cuando la sociedad es insolvente *o se encuentra próxima a la insolvencia*. En este contexto, los intereses de los acreedores se instituyen como prioritarios. Sin embargo, dicha prioridad parece articularse de manera indirecta, como expresión del interés de la sociedad en el contexto de la crisis. En consecuencia, las posibles acciones derivadas por el incumplimiento del deber se ejercerán por el liquidador, llegado el caso¹⁸⁰.

En segundo lugar, que si se coordina con la sección 170 (4) que estipula que los deberes impuestos a los administradores en las secciones 171 a 177 de la *Companies Act (General Duties)* deben ser interpretados de acuerdo con las normas de *Common Law*¹⁸¹, al ser el deber de velar por el interés de los acreedores en la proximidad a la insolvencia una norma de *Common Law*, la sección 172 (1) cedería ante la 172 (3) en los escenarios de crisis que se estudian en este trabajo. En consecuencia, ninguna norma que establezca el deber de tener en consideración o actuar en interés de los acreedores podrá ser desatendida por los administradores en interés de la sociedad (*rectius*, los socios)¹⁸².

¹⁷⁸ Así, con ulteriores referencias, MIOLA, M., «Tutela de los acreedores...», *cit.*, p. 23.

¹⁷⁹ **Section 172 CA.- Duty to promote the success of the company**

(3) *The duty imposed by this section has effect subject to any enactment or rule of law requiring directors, in certain circumstances, to consider or act in the interests of creditors of the company.*

¹⁸⁰ Con numerosas referencias judiciales, BIRDS, J., *op. cit.*, pp. 638-639. En el mismo sentido, HANNINGAN, B., *op. cit.*, pp. 221, que argumenta que la legitimación del liquidador deriva de que los deberes fiduciarios se tienen *hacia la sociedad, no directamente hacia los acreedores* («*An individual creditor is not entitled, therefore, to sue for breach*»).

¹⁸¹ **Section 170 CA.- Scope and nature of general duties**

(4) *The general duties shall be interpreted and applied in the same way as common law rules or equitable principles, and regard shall be had to the corresponding common law rules and equitable principles in interpreting and applying the general duties.*

En relación con la referida sección, BIRDS, J., *op. cit.*, pp. 629-630, señala: «*It seems clear that the large body of case-law has established the duties in equity and at common law will continue to be highly relevant, as will new case-law exploring the duties of fiduciaries in general*».

¹⁸² FINCH, V., *Corporate Insolvency Law...*, *cit.*, p. 682; HANNINGAN, et al., *op. cit.*, p. 33.

Así, puede defenderse una evolución en la interpretación tradicional del deber del administrador de actuar de buena fe en interés de la sociedad, introduciendo el interés de los *stakeholders* no sólo como tesis doctrinales, sino también en su expresión normativa. La propia naturaleza indeterminada de la cláusula del interés social permite una reformulación de su contenido. Lo complejo es determinar si admite fundamentar la protección de los intereses de los acreedores de sociedades en crisis¹⁸³.

A continuación se expondrá, a grandes rasgos, cómo ha evolucionado la jurisprudencia en relación con la posibilidad de reconocer que el interés de la sociedad incluya el de los acreedores en determinadas circunstancias, tanto por el interés que tiene en sí mismo como por la posible relevancia que presenta a la vista de lo dispuesto en las secciones 170 (4) y 172 (3) CA.

Cuando una sociedad inicia un procedimiento concursal, la Ley establece claramente que los administradores sociales han de velar por el interés de los acreedores¹⁸⁴. En cambio, ya con anterioridad a la *Companies Act 2006* se planteaba la duda de si existían dichos deberes en el estadio previo a la existencia del procedimiento, lo cual es contrario a la postura clásica defendida en relación con los destinatarios de los deberes fiduciarios de los administradores¹⁸⁵.

1.2. El interés social como comprensivo del interés de los acreedores en la Jurisprudencia. Evolución jurisprudencial y conflicto doctrinal en torno al momento del nacimiento del deber

Los tribunales han mantenido diversas posturas en lo relativo a la existencia, naturaleza y contenido del deber de los administradores de tener en consideración el interés de los acreedores en un contexto de crisis empresarial¹⁸⁶. Por una parte, se ha entendido como *una prolongación del deber tradicional de actuar de buena fe en beneficio de la sociedad*. Otras sentencias, en cambio, lo han considerado *un deber independiente de*

¹⁸³ Sobre los peligros de la indeterminación, por ejemplo, PRENTICE, D.D., «Creditor's Interests and Director's Duties», *10 Oxford J. Legal Stud.* 265 1990, p. 273.

¹⁸⁴ Cfr. s. 172 (3) CA.

¹⁸⁵ FARRAR, J., «The Obligation of a Company's Directors to its Creditors Before Liquidation», *JBL*, septiembre, 1985, p. 413.

¹⁸⁶ Es necesario distinguir aquellas sociedades que se encuentran propiamente en una situación de crisis (*financial distress*) de aquellas que son insolventes (como, por ejemplo, recuerda FINCH, V., *Corporate Insolvency Law...*, cit., p. 145), cuestión que se trató en el Capítulo I de esta Parte Primera.

los administradores hacia los acreedores, fundamentado o bien en un deber de cuidado de los administradores o bien en el Derecho de daños.

En 1972, en la sentencia *Teck Corporation Ltd v. Millar* la *British Columbia Supreme Court* redefinió el interés social incluyendo específicamente el interés de los empleados y de la comunidad en general. Aunque se entendió más como una *opción de tener en cuenta* que como un *mandato*, supone un interesante antecedente de una evolución en la posición tradicional¹⁸⁷.

En 1976, la *Australian High Court* en *Walker v. Wimborne* realizó el primer intento real de reconocer la existencia de un deber de los administradores de considerar los intereses de los acreedores en situaciones de crisis. Aunque no configuró un verdadero deber, entendió que *en una situación de dificultad financiera los intereses de los acreedores resultan relevantes, y ha de entenderse que su toma en consideración forma parte del deber general de velar por los intereses de la sociedad en su conjunto*¹⁸⁸. La sentencia estableció: «(...) it should be emphasized that the directors of a company in discharging their duty to the company must take account of the interest of its shareholders and its creditors. Any failure by the directors to take into account the interests of its creditors will have adverse consequences for the company as well as for them»¹⁸⁹.

Es en 1985, en *Nicholson v. Permakraft Ltd*¹⁹⁰, cuando la *New Zealand Court of Appeal*, reinterpretando las sentencias anteriores, dispuso la existencia de una situación

¹⁸⁷ Teck Corp. Ltd v. Millar, (1972), 33 DLR (3d) 288 (BCSC), cit. en RILEY, C.A., *op. cit.*, p. 87.

¹⁸⁸ Walker v. Wimborne (1976) 137 CLR 1. En esta sentencia el tribunal entendió que los administradores habían incumplido sus deberes fiduciarios hacia la compañía y hacia los acreedores al garantizar créditos de otra compañía del grupo en un momento en que la sociedad se encontraba en serias dificultades financieras. El tribunal consideró que la transacción difícilmente compatible con los intereses de la sociedad y, en consecuencia, de los socios y acreedores. Sentencia analizada, entre otros, por GRANTHAM, R., «The Judicial Extension of Directors' Duties to Creditors», *JBL*, enero, 1991, p. 6; KEAY, A., «A Theoretical Analysis of the Director's Duty to Consider Creditor Interests: The Progressive School's Approach», *4 J. Corp. L. Stud.* 307 2004, p. 307-308; FINCH, V., «Directors' Duties Toward Creditors», *cit.*, p. 23 (quien señala que según este argumento los intereses de los acreedores han de ser siempre tenidos en cuenta ya que cualquier sociedad puede devenir insolvente en un futuro).

¹⁸⁹ A tal respecto, considera BARRET, R., *op. cit.*, p. 227, que esta sentencia reconoció la existencia de una obligación de tener en cuenta el interés de los acreedores a la hora de configurar el contenido de los deberes fiduciarios de los administradores ante determinadas circunstancias.

¹⁹⁰ Nicholson v. Permakraft (NZ) Ltd 1985 2 NZCLC 99, 264, cit. en MILMAN, D., «The Boundaries of a Director's Duties», *The Company Lawyer*, vol. 7, 1986, n° 1, p. 39, que ofrece un conciso resumen del supuesto de hecho de la sentencia: el litigio surgió en torno a un pago de dividendos que la sociedad realizó en 1975, en un momento en que la compañía se encontraba en una situación financiera complicada, por lo que estaba realizando una reestructuración que implicaba la creación de una sociedad holding. El dinero para el pago de los dividendos surgió de ciertos beneficios que se produjeron por un

de crisis como condición necesaria para el nacimiento del deber de considerar los intereses de los acreedores¹⁹¹. El tribunal entendió que, aún siendo cierto que dependiendo del caso concreto puede resultar conveniente que los administradores tengan en cuenta, entre otros, los intereses de los acreedores –resultando en algunos supuestos necesaria una extensión de los deberes fiduciarios de los administradores- ello no debía conducir a una excesiva intromisión de los tribunales en la gestión societaria. En consecuencia, la sentencia propuso como punto de equilibrio el siguiente: cuando la sociedad es solvente los administradores no han de tener en cuenta los intereses de los acreedores. *En cambio, en el caso de que la sociedad sea insolvente, se encuentre en una situación de proximidad a la insolvencia o de solvencia dudosa, los acreedores han de ser tenidos en consideración como interesados en la sociedad*¹⁹².

En un sentido similar, pero limitado a situaciones de insolvencia, en 1986, la sentencia ***Kinsela v. Russell Kinsela Pty Ltd***¹⁹³ de la *New South Wales Court of Appeal* expuso que en la insolvencia de la sociedad, los intereses de los acreedores pasan a formar parte del contenido de un deber que continúa siendo debido a la sociedad en sí misma: «*In a solvent company the proprietary interests of the shareholders entitle them as a general*

aumento en el valor de los activos sociales. En ese momento, el pago no se consideró contrario a Derecho. Dos años después, la sociedad inició su liquidación, y el liquidador pretendió recuperar la cantidad repartida en concepto de dividendos ejercitando una acción contra los administradores sociales alegando su incumplimiento de un deber fiduciario. En primera instancia la acción prosperó, ya que se consideró que los administradores habían fallado a la hora de tener en consideración los intereses sociales y los de sus acreedores al realizar el pago de los dividendos. En apelación, el ponente resolvió la cuestión delimitando el ámbito de los deberes de los administradores hacia los acreedores. También, para un análisis de los fundamentos de derecho relevantes en lo que ahora nos ocupa, *vid.* FARRAR, J., «The Obligation of a Company's Directors...», *cit.*, p. 414- 416; FARRAR, J.H./FUREY, N.E./HANNINGAN. B.M., *op. cit.*, p. 387; GRANTHAM, R., *op. cit.*, pp. 6-8.

¹⁹¹ Según refiere MILMAN, D., *op. ult. cit.*, no hubo unanimidad entre los miembros de la Corte en lo referente a cuál debía ser el criterio usado para determinar la insolvencia. Parece que los jueces RICHARDSON y SOMERS utilizaron el *balance sheet test*, mientras que COOKE recurrió al criterio de la *capacidad real para pagar las deudas*.

¹⁹² El tribunal puntualizó que la protección exigida se limita sólo a los acreedores existentes, ya que los nuevos acreedores conocen la situación societaria y, en consecuencia, están en disposición de velar por sus propios intereses. En el caso, por ejemplo, de proveedores de la sociedad, sería necesario distinguir entre deudas presentes y futuras.

En relación con esta cuestión, considera GRANTHAM, R., *op. cit.*, p. 7, que, a pesar de las críticas de algunos sectores de la doctrina a la limitación de los acreedores previos (*vid.*, entre otros, SEALY, L.S., «Directors' Duties. An Unnecessary Gloss», 47 *Cambridge L.J.* 175 1988, pp. 175-177), dicha limitación es necesaria, ya que el fundamento del deber reside en el cambio del ratio interés del préstamo-nivel de riesgo que se produce por la nueva situación financiera de la sociedad. En cambio, FINCH, V., *Corporate Insolvency Law...*, *cit.*, p. 685-686, critica de esta falta de uniformidad por conducir a una reducción de la *fuerza del deber*. Si la interpretación de un deber resulta confusa, se reduce su capacidad de influir en el administrador, corriendo el riesgo de que deje de ser considerado un deber *stricto sensu* y pasando a ser entendido como una mera pauta de comportamiento.

¹⁹³ *Kinsela v. Russell Kinsela Pty Ltd (in liq)* (1986) 4 NSWLR 722.

*body (...). If, as a general body, they authorize to ratify a particular action of the directors, there can be no challenge to the validity of what the directors have done. But where a company is insolvent the interests of the creditors intrude. They are respectively entitled, through the mechanism of liquidation, to displace the power of the shareholders and directors to deal with the company's assets. It is in practical sense their assets and not the shareholders' assets that, through the medium of the company, are under the management of the directors pending either liquidation, return to solvency or the imposition of some alternative administration»¹⁹⁴. Para salvar la limitación al supuesto de efectiva insolvencia, se propuso que, si bien puede no existir un deber fiduciario de los administradores a favor de los acreedores, sí que pueda existir un deber de cuidado ante la posible producción de un daño (*duty of care in tort*), permitiendo, en la práctica, una extensión de la responsabilidad similar¹⁹⁵.*

En 1987, la sentencia de la *House of Lords Winkworth v. Edward Baron Development Co Ltd*, sugirió cierta evolución en relación con las sentencias anteriormente analizadas. Esta sentencia establecía explícitamente: «... *a company owes a duty to its creditors, present and future. The company owes a duty to its creditors to keep its property inviolate and available for repayment of its debts. The conscience of the company, as well as its management, is confided to its directors. A duty is owed by the directors to the company and to the creditors of the company to ensure that the affairs of the company are properly administered and that its property is not dissipated or exploited for the benefit of the directors themselves to the prejudice of the creditors*»¹⁹⁶.

Hasta el momento, se venía planteando la conveniencia de que, ante una situación de crisis, los intereses de los acreedores *fueran tenidos en consideración*. Sin embargo, esta sentencia sirvió como fundamento para defender la necesidad de reconocer la existencia de un *deber directo y específico de protección de los administradores hacia los acreedores*, basándose en que *la proximidad a la insolvencia produce un cambio relevante en el contenido del interés social*¹⁹⁷. Ante la disminución del valor societario,

¹⁹⁴ Kinsela v. Russell Kinsela Pty Ltd (in liq) (1986) 4 NSWLR 722, cit. en LOOSE, P./GRIFFITHS, M./IMPEY, D., *op. cit.*, p. 243.

¹⁹⁵ En este sentido, RILEY, C.A., *op. cit.*, p. 88.

¹⁹⁶ Winkworth v. Edward Baron Development Co Ltd. (1987) 1 All ER 114.

¹⁹⁷ FINCH, V., «Directors' Duties Toward Creditors», *The Company Lawyer*, vol. 10, nº 1, enero, 1989, p. 23; FINCH, V., *Corporate Insolvency Law...*, cit., p. 683. La misma conclusión la apunta GRANTHAM, R., *op. cit.*, p. 11, quien recuerda que esta postura ha sido especialmente criticada, prefiriendo las sentencias más recientes la posición de *Nicholson (cit)*.

el interés «residual» de los socios en la compañía pasaría a ser sustituido por el de los acreedores, produciendo un cambio en los deberes de los administradores¹⁹⁸.

Como se ha podido apreciar, y aunque los ejemplos que se han puesto sean muy limitados, la Jurisprudencia planteó el principal problema que presenta la defensa de la existencia de un deber de tener en consideración los intereses de los acreedores: el momento del nacimiento del mismo, o, estrictamente hablado, si es necesario que la sociedad se encuentre efectivamente en situación de insolvencia o si es suficiente con la proximidad a la misma¹⁹⁹. Aunque hayan existido resoluciones judiciales en las que se ha admitido la extensión del deber enunciado a situaciones de proximidad a la insolvencia²⁰⁰, la doctrina entiende, de manera mayoritaria, que la insolvencia es una condición previa necesaria para tener en consideración los intereses de los acreedores. No es necesario, en cambio, que se haya iniciado un procedimiento concursal²⁰¹.

El conflicto no se limita al momento del nacimiento del deber, sino también a la naturaleza del mismo. A pesar de la uniformidad aparente en las resoluciones reseñadas, esencialmente en relación con el reconocimiento de la existencia de algún tipo de deber fiduciario de tener en consideración los intereses de los acreedores, las sentencias son discordantes en cuanto a la naturaleza dicho deber, es decir, en si el mismo consiste en una prolongación del deber tradicional de actuar de buena fe en interés de la sociedad (deber indirecto) o si se trata de un deber independiente (deber directo) cuyo origen se

¹⁹⁸ En situación de solvencia, los socios son los que, en principio, soportan el riesgo de la actividad empresarial. Son los *residual claimants*. Pero cuando la sociedad se encuentra en una situación de crisis y los intereses sociales pasan a identificarse con los de los acreedores, éstos pasan a ocupar la posición de *residual claimants* del valor subsistente de la sociedad, siendo los *primeros interesados en la compañía*. Entre otros, FINCH, V., «Directors' Duties Toward Creditors», *cit.*, p. 24; KEAY, A., «A Theoretical Analysis...», *cit.*, pp. 330-331. Para LOOSE, P./GRIFFITHS, M./IMPEY, D., *op. cit.*, pp. 242, en este contexto los socios no pueden oponerse a que su interés se subordine al de los acreedores colectivamente considerados.

¹⁹⁹ El hecho de que las sentencias que defendían la extensión del deber a la proximidad a la insolvencia abordaran casos en los que finalmente la sociedad había devenido insolvente no facilitaba la cuestión. En este sentido, ARNOLD, M., «General Duties of Directors», *cit.*, pp. 274-275.

²⁰⁰ Ampliamente, FINCH, V., *Corporate Insolvency Law...*, *cit.*, pp. 689 ss.

²⁰¹ La limitación al estado de insolvencia se acoge, fundamentalmente, por pragmatismo y seguridad jurídica. Entre otros, HANNINGAN, B., *op. cit.*, pp. 220-221.

En relación con esta cuestión, entiende SEALY, L.S., «Directors' Duties. An Unnecessary Gloss», *cit.*, p. 177, que la legislación concursal ya ofrece medios para hacer frente a posibles abusos por parte de los administradores sociales, sin necesidad de recurrir a deberes derivados de evoluciones jurisprudenciales. Considera el autor que el deber aquí estudiado, aunque bienintencionado, es tan innecesario como dañino.

encontraría en el deber general de cuidado que pesa sobre los administradores en las actuaciones realizadas en el ejercicio del cargo²⁰².

En definitiva, aunque los tribunales han aplicado el deber de tomar en consideración los intereses de los acreedores con relativa frecuencia, no ha ofrecido respuestas claras a preguntas fundamentales en relación con dicho deber, como son su naturaleza, contenido, destinatarios o la coordinación del mismo con la legislación concursal²⁰³.

1.3. Razones para la defensa de la necesidad del deber

1.3.1. Proximidad a la insolvencia, conflictos de interés e «incentivos perversos»

La defensa de la existencia de un deber de toma en consideración del interés de los acreedores en situaciones de crisis empresarial ha encontrado uno de sus pilares fundamentales en la posible existencia de un conflicto de interés insalvable entre socios y acreedores en el momento de la crisis. De la misma manera que en situación de solvencia la equiparación del interés social con el interés de los socios reconduce la problemática del interés social a los conflictos intrasocietarios, cuando la sociedad se encuentra en situación de crisis empresarial y los intereses de los acreedores se vuelven relevantes, el reconocimiento del deber que aquí se estudia ofrecería parámetro para solucionar los conflictos que pudieran surgir entre los intereses de los socios y de los acreedores, conflicto que además, resulta a menudo idóneo para afectar al comportamiento de los administradores, en concreto, incentivándoles a la realización de operaciones excesivamente arriesgadas como medio de recuperación de la situación financiera de la sociedad²⁰⁴.

²⁰² Parece que la tendencia mayoritaria es la de que se trata de un deber indirecto. Así, por ejemplo, BIRDS, J., *op. cit.*, p. 639; HANNINGAN, B., *op. cit.*, pp. 220-221; LOOSE, P./GRIFFITHS, M./IMPEY, D., *op. cit.*, p. 243.

²⁰³ En este sentido, RILEY, C.A., *op. cit.*, p. 88. También FARRAR, J.H./FUREY, N.E./HANNINGAN, B.M., *Farrar's Company Law*, cit., p. 389 que consideran que, a pesar de la evolución apuntada, quedan por resolver cuestiones importantes, tales son la determinación del momento en que surge el deber, los medios de *enforcement* con que cuentan los acreedores y la posibilidad de ratificación por parte de los accionistas de las decisiones de la administración que vulneren el interés de los acreedores.

²⁰⁴ En relación con esta cuestión, apunta oportunamente DAVIES, P., «Director's Creditor-Regarding Duties...», *cit.*, p. 303, que dichos incentivos surgen cuando los administradores actúan alineados con los intereses de los socios. De hecho, este autor ha expuesto que, cuando no hay una normativa estricta de control del capital, existe una tendencia a la aparición de un «incentivo sistemático para los administradores de la sociedad en el sentido de asumir riesgos que no correrían si estuvieran expuestos a las posibles consecuencias negativas de sus decisiones empresariales», externalizando los perjuicios de los riesgos asumidos por los administradores que pasan a ser soportados por los acreedores sociales, lo

En contra de la necesidad de intervención legislativa se ha argumentado que son los acreedores los que han de asegurar su posición, garantizando sus créditos. No obstante, esta solución puede no resultar tan sencilla como en principio parece. En primer lugar, el establecimiento de medidas de garantía por parte de los acreedores aumenta los costes de transacción de los créditos. En el caso de créditos de grandes cuantías, dichos costes de transacción supondrán una parte proporcional pequeña en relación con la cantidad prestada, por lo que podrían considerarse asumibles. En el supuesto de que el prestamista sea un «acreedor especializado», que realiza una y otra vez operaciones similares, sus costes de control, seguridad y acceso a la información relevante sobre la sociedad deudora suelen estar estandarizados, por lo que los costes de transacción no deberían desincentivar al prestamista a la hora de realizar la operación. En cambio los pequeños *trade creditors*, financian a las sociedades que proveen mediante la concesión de pequeños créditos en vinculados a contratos de provisión de bienes o servicios. En este caso, no es realista esperar que estos acreedores estén en posición de tomar medidas efectivas de autoprotección. La diferencia existente en la práctica entre los distintos tipos de acreedores ha conducido incluso a teorizar sobre cómo la especialización a la hora de tomar medidas de garantía de los acreedores profesionales puede empeorar la posición de los acreedores no garantizados. En tanto los primeros pueden tomar medidas que les permitan asegurar sus créditos garantizando los mismos con activos de la sociedad, dichos activos dejarán de estar disponibles para el cobro de los acreedores no garantizados, en el caso de que la sociedad devenga insolvente²⁰⁵.

En definitiva, la aparición de «incentivos perversos» en situaciones de crisis empresarial podría fundamentar la necesidad de imposición de deberes fiduciarios de los administradores hacia los acreedores. Aunque parece que dichos incentivos influyen de manera primaria, la imposición del deber a los administradores actuaría como *contraincentivo a la influencia que los socios* (de control)²⁰⁶ pudieran ejercer sobre los administradores sociales²⁰⁷.

que conduce al autor, a su vez, a preguntarse si la Ley debe intentar corregir los procesos de decisión de los administradores sociales que se encuentran ante esta situación (DAVIES, P., «Legal Capital in Private Companies in Great Britain», *Die Aktiengesellschaft*, 43/1998, p. 349.

²⁰⁵ Cfr. DAVIES, P., «Legal Capital...», *cit.*, p. 350.

²⁰⁶ Al margen dejamos el análisis de los mecanismos de imputación de responsabilidad al socio de control.

²⁰⁷ DAVIES, P., «Director's Creditor-Regarding Duties...», *cit.*, p. 310-312.

1.3.2. La responsabilidad limitada como justificación para el nacimiento del deber

Como se ha expuesto, entendemos que cuando una sociedad insolvente continúa operando, los sujetos que toman las decisiones no son ni, en principio, representan, a los que soportarán las pérdidas si la continuación de la actividad empresarial no es provechosa, lo que puede provocar el nacimiento de ciertos «incentivos perversos» en el sentido de continuar, a toda costa, la actividad empresarial o de tomar medidas especialmente arriesgadas para intentar, *in extremis*, la recuperación de la sociedad. En relación con esta materia, se ha analizado la correspondencia entre la responsabilidad limitada y la aparición de los incentivos que influyen en que la sociedad en situación de crisis continúe operando²⁰⁸.

A muy grandes rasgos, la pertenencia a estructuras societarias con responsabilidad limitada permite a los socios no adquirir con la sociedad ni con sus acreedores ninguna obligación económica que exceda del valor de la participación societaria de que se es propietario²⁰⁹. En consecuencia, los acreedores sólo podrán dirigirse contra los activos sociales para la satisfacción de sus créditos. Pero, como se ha explicado, en el momento en que dichos activos desaparecen, el interés social entendido como el interés de los socios puede oponerse al de los acreedores, ya que los primeros estarán a favor de una mayor asunción de riesgo como medio de recuperación de la sociedad (y, en consecuencia, de su interés en la misma) por remota que fuera la posibilidad de éxito de la operación, mientras que los acreedores preferirán una gestión dirigida a la ordenada liquidación de los bienes, mientras queden, para intentar cobrar sus créditos. Pues bien, en este contexto, algunos autores consideran que es el «privilegio» de la responsabilidad limitada, que impide a los acreedores dirigirse contra los activos personales de los socios, el fundamento para la imposición de un deber de tomar en consideración los

²⁰⁸ PRENTICE, D.D., «Creditor's Interests and Director's Duties», *cit.*, p. 265. Al respecto, en nuestra doctrina, entre otros, BERMEJO GUTIÉRREZ, N./RODRÍGUEZ PINEAU, E., «Normas de protección de acreedores: entre el derecho de sociedades y el derecho concursal», *InDret*, 4/2006, p. 7: «resulta evidente que el riesgo de "huida hacia adelante" se manifiesta con particular intensidad en aquellas sociedades que tienen limitada la responsabilidad. Sólo en estos casos, los socios tienen la certeza de que saldrán indemnes del comportamiento oportunista de los administradores pues, en principio, la limitación de responsabilidad les pone a salvo de las posibles reclamaciones de los acreedores. En contraste, en las sociedades personalistas dicho riesgo queda neutralizado de manera bastante natural. Esto se explica por la propia estructura de estas sociedades».

²⁰⁹ Incluso en determinadas sociedades de responsabilidad limitada (*private limited company* inglesa) el privilegio de la responsabilidad limitada no se vincula con la exigencia de una capitalización adecuada. Cfr. FARRAR, J.H./FUREY, N.E./HANNINGAN, B.M., *Farrar's Company Law*, *cit.*, pp. 82-83. Sobre la expansión de esta tendencia en distintos ordenamientos europeos, *vid.*, MIOLA, M., «Tutela de los acreedores...», *cit.*, p. 27, esp. nota 20.

intereses de los acreedores cuando, por falta de activos sociales, el interés de los socios en la sociedad ha desaparecido²¹⁰. Cuando la sociedad es solvente los acreedores no necesitan protección ya que pueden, en principio, defender sus intereses contractualmente. En cambio, la insolvencia o la proximidad a la misma pueden hacer necesario el establecimiento de un deber configurado como una especie de *deber objetivo de cuidado* de los administradores hacia los acreedores sociales existentes²¹¹.

En sentido contrario, se ha defendido que este argumento, aunque bienintencionado, daña no sólo los propios fundamentos de la responsabilidad limitada, sino también las bases tradicionales de la relación jurídica contractual en el tráfico mercantil²¹². También se ha criticado que existen determinados beneficios sociales derivados de la responsabilidad limitada de las sociedades que se verían perjudicados si se admitiese el argumento inicialmente expuesto²¹³.

2. La situación en el entorno estadounidense²¹⁴

2.1. El interés social en situación de solvencia

En Estados Unidos es doctrina mayoritaria, aunque no unánime, que *siendo la sociedad solvente*, los administradores tienen deberes fiduciarios de lealtad y diligencia²¹⁵ hacia la sociedad y los socios, satisfaciéndose el interés social a través de la maximización del

²¹⁰ Así, por ejemplo, DAVIES, P., «Director's Creditor-Regarding Duties...», *cit.*, p. 306.

²¹¹ MILMAN, D., «The Boundaries of a Director's Duties», *cit.*, p. 39.

²¹² SEALY, L.S., «Directors' Duties. An Unnecessary Gloss», *cit.*, pp. 176-177.

²¹³ Así, OESTERLE, D.A., «Corporate Directors' Personal Liability for "Insolvent Trading" in Australia, "Reckless Trading" in New Zealand and "Wrongful Trading" in England: A Recipe for Timid Directors, Hamstrung Controlling Shareholders and Skittish Lenders», en RAMSAY, I.M. (ed.), *Company Directors' Liability for Insolvent Trading*, CCH Australia Limited and Centre for Corporate Law and Securities Regulation Faculty of Law, University of Melbourne, 2000, p. 21. Este autor expone que las entidades con responsabilidad limitada tienen unos costes de capital más bajos. Como consecuencia, los acreedores pueden exigir unos intereses más altos, lo que compensaría el riesgo de la negociación con una sociedad de responsabilidad limitada.

²¹⁴ Hemos tratado esta cuestión de manera más amplia en RECAMÁN GRAÑA, E. «Los deberes de los administradores sociales en situación de crisis empresarial en el marco norteamericano», *RDCEP*, 17/2012, pp. 313-324.

²¹⁵ Aunque en líneas generales todos los autores están de acuerdo en que en el modelo tradicional los deberes de los administradores se dirigen a los socios directamente, o a éstos a través de la protección del interés de la sociedad, existen pequeñas divergencias en la consideración de qué deberes concretos han de guiar el comportamiento de los administradores. Por ejemplo, ROBERTS, M., «The Conundrum of Directors' Duties to Creditors», *23 Mem. St. U. L. Rev.* 273 (1992-1993), p. 280, considera que la formulación tradicional de los deberes de los administradores de sociedades de capital exige *prudencia, deber fiduciario y diligencia*.

valor de los accionistas a medio-largo plazo (*shareholders value maximization*)²¹⁶. En consecuencia, los administradores de una sociedad solvente deben orientar sus decisiones empresariales a la maximización del valor de las acciones, no pesando sobre ellos la obligación de tener en consideración los intereses de otros *stakeholders*, en concreto, de los acreedores, siempre y cuando respetasen las obligaciones que legamente vinculen a la sociedad con terceros²¹⁷. En conclusión, el interés social se concreta en la maximización del valor de los socios, lo que se traduce además en que sólo los accionistas tienen derecho a reclamar el valor residual de la empresa después de satisfechas todas las obligaciones pendientes²¹⁸.

²¹⁶ Así, HARTMAN, R.F., «Situation-specific Fiduciary Duties for Corporate Directors: Enforceable Obligations or Toohtless Ideals?», *50 Wash. & Lee L. Rev.* 1761 (1993), p. 1768; LIN, L., «Shift of Fiduciary Duty Upon Corporate Insolvency: Proper Scope of Director's Duty to Creditors», *46 Vand. L. Rev.* 1485 (1993), p. 1510; LIPSON, J.C., «Director's Duties to Creditors: Power Imbalance and the Financially Distressed Corporation», *50 UCLA Law Review* 1189 (2003), pp. 1200-1201; . El *leading case* en el estado de Delaware, que estableció los deberes fiduciarios de los administradores a favor de los accionistas es *Revlon v. MacAndrews & Forbes Holdings*, 506 A.2d 173 (Del. 1986). En contra, modernas teorías han intentado demostrar que la asimilación del interés de la sociedad con el de los socios es incorrecta, ya que obvia la existencia de conflictos entre ambos, sobre todo en lo relativo al nivel óptimo de riesgo. También consideran que la visión tradicional falla no sólo a la hora de plantear la identidad de intereses sino al carecer este modelo de pautas o soluciones que sirvan a los administradores de guía a la hora de decidir cuándo dichos conflictos surgen. Para un análisis completo de la cuestión, especialmente crítico, *vid.* HU, H.T.C./WESTBROOK, J.L., «Abolition of the Corporate Duty to Creditors», *107 Colum. L. Rev.* 1321 (2007), pp. 1354-1364.

La tesis de la maximización del valor de la acción fundamenta el *modelo tradicional de gobierno corporativo*. Según el mismo, conseguir la maximización del beneficio de los accionistas es la meta de la sociedad. En la medida en que los accionistas son los propietarios, sus intereses han de equipararse con los intereses sociales, por lo cual los administradores deben actuar guiados por el único objetivo de aumentar las ganancias de los socios. *Vid.* CORPORATE LAWS COMMITTEE, ABA SECTION OF BUSINESS LAW, *Corporate Director's Guidebook*, 6ª ed., 66 *Bus. Law.* 975 2010-2011, p. 985: «*Directors have a responsibility to act in the best interests of the corporation and its shareholders. To do so, they must focus on maximizing the value of the corporation for the benefit of its shareholders (...)*». También, por ejemplo, CLARK, R.C., *Corporate Law*, Little, Brown and Company, Boston, 1986, pp. 17-18: «la finalidad última de la sociedad, más allá del éxito en las líneas de negocio que comprendan su objeto social, es la creación de beneficio para los accionistas».

En España, esta idea se ha recogido también en los Códigos de Buen Gobierno Corporativo nacionales. Así, el CUBG dispone en su recomendación séptima que «[t]odos los Consejeros, con independencia de cual sea el origen o la causa de su nombramiento, deben tener como propósito común la defensa del "interés social". A la hora de concretar el significado de este concepto, el Código opta por una interpretación contractualista, que pone el énfasis en el interés común de los accionistas o, si se prefiere, en el interés del accionista común. Considera esta opción la más adecuada para un ejercicio efectivo y preciso de responsabilidad y la que mejor responde a las expectativas de los inversores, ante quienes, a la postre, ha de rendir cuentas el Consejo». *Vid.* en nuestra doctrina, entre otros, GUERRA, G., *El gobierno de las sociedades cotizadas estadounidenses*, Thomson-Aranzadi, Navarra, 2003, p. 285; MARÍN DE LA BÁRCENA GARCIMARTÍN, F., «El concepto de interés social como fin de la actividad gestora en la proximidad a la insolvencia», en *Gobierno corporativo y crisis empresariales (II Seminario Harvard-Complutense de Derecho Mercantil)*, Marcial Pons, Madrid, 2006, p. 259 (especificando que dicha situación se produce *en situación de solvencia*).

²¹⁷ LIN, L., *op. cit.*, p. 1511.

²¹⁸ CLARK, R.C., *op. cit.*, pp. 17-18. LIPSON, J.C., *op. cit.*, p. 1225.

Por otra parte, existe también una corriente doctrinal crítica con el modelo tradicional de gobierno corporativo, que defiende la idea de que los administradores deberían tener en consideración a otros grupos de interés, sobre todo en situaciones en las que aquél interés pudiera ser más relevante que el de los socios, defendiendo un modelo de sociedad entendida no como mera creadora de beneficio para los accionistas y cuyos administradores no actuaran ajenos a la importancia y efectos de sus actos para la comunidad de intereses que integran en la empresa²¹⁹. Influidos por esta corriente, numerosos *Corporate Statutes* estadounidenses reconocieron a los administradores la posibilidad de tener en consideración *otros intereses* en la gestión empresarial. Sin embargo, este reconocimiento se reguló como una *facultad* de que dispone el consejo de administración, pero no como una *obligación* de toma en consideración de los mismos²²⁰.

A pesar de la profusión legislativa que ha tenido la norma, muchas son las críticas que ha recibido por parte de la comunidad científica. En general, se ha apuntado que esta disposición entra en conflicto con el principio del *Corporate Law* de que sólo existen deberes fiduciarios hacia los *residual claimants*²²¹. También se ha reprochado que el establecer la facultad de tener en cuenta intereses distintos a los de los socios sin configurar ninguna guía o criterio de actuación que determine cómo, cuándo o a qué grupo se ha de prestar atención produce como consecuencia directa la ampliación del grado de discrecionalidad de los administradores, ya que los gestores podrían, en teoría, desarrollar cualquier actuación empresarial siempre y cuando beneficiara a alguno de los grupos de interés²²². Además, dificulta la determinación de los deberes de los administradores como fiduciarios, a la hora de concretar quiénes son los posibles nuevos beneficiarios y en qué momento nacen deberes fiduciarios a su favor, generando

²¹⁹ Por todos, HARTMAN, R.F., *op. cit.*, pp. 1762-1763, 1775-1776.

²²⁰ Destacando la naturaleza de facultad y no de obligación o deber, por ejemplo, HANKS, J.J. JR., «Playing with Fire: Nonshareholder Constituency Statutes in the 1990s», *21 Stetson L. Rev.* 97 (1991-1992), p. 103.

²²¹ En este sentido, puede verse, MACEY, J.R., «An Economic Analysis of the Various Rationales for Making Shareholders the Exclusive Beneficiaries of Corporate Fiduciary Duties», *21 Stetson L. Rev.* 23 (1991-1992), pp. 23-25. Este autor considera que el *nonshareholder constituency statute* ignora que los deberes fiduciarios han de referirse sólo a los socios porque la razón de ser de los mismos es integrar un contrato (el social) que, por incompleto, necesita ser determinado en cuanto a la naturaleza y ámbito de los deberes de los administradores. Esta necesidad no existe en el caso de los no socios, que se protegen por su propio contrato. *Vid.*, desarrollando la idea de los deberes fiduciarios como herramienta de integración del contrato social, EASTERBROOK, F.H./FISCHEL, D.R., *La estructura económica del derecho de las sociedades de capital (The Economic Structure of Corporate Law, 1991)*, Trad.: F. MARCOS; Fundación Cultural del Notariado, 2002, pp. 115-118.

²²² Se ha señalado el peligro de no determinar qué quiere decir «se podrán tener en cuenta». Si permite desplazar totalmente el interés de los socios, o si, en cambio, dicha toma en consideración no puede vulnerar el interés principal de los accionistas. HANKS, J.J. JR., *op. cit.*, p. 114; HARTMAN, R.F., *op. cit.*, p. 1763, 1780-1781. Al respecto, en nuestra doctrina, cfr. MARÍN DE LA BÁRCENA GARCIMARTÍN, F., «El concepto de interés social...», *cit.*, p. 259.

confusión no sólo en los administradores sino también a los tribunales²²³. Por último, la norma también ha recibido críticas por parte de los que entienden que el interés social no es el de los socios, sino el de la sociedad en sí misma, al considerar que actuar en beneficio de los *nonshareholders* es tan perjudicial como actuar sólo en beneficio de los socios, entendiendo que lo necesario sería que los administradores actuasen «en interés de la sociedad», interés que habría de aunar el de todos los grupos vinculados a la misma, socios y no socios²²⁴. En cualquier caso, aunque se defendiera la atención a los intereses de otros grupos distintos del accionariado, dicha atención carece de fuerza en la medida en que no se establezcan medios legales a disposición de estos grupos para exigir un comportamiento específico por parte de los administradores. En concreto, la posibilidad de exigir responsabilidad a los administradores sociales por el incumplimiento de deberes fiduciarios²²⁵.

2.2. Evolución del contenido de la cláusula del interés social en situaciones de insolvencia²²⁶

La cuestión se complica al analizar las modificaciones que se producen –si es que se considera que se producen– en el interés social cuando la sociedad afronta un periodo de crisis empresarial²²⁷. A tal respecto, la tesis tradicional defiende que los deberes fiduciarios hacia los acreedores surgen en el momento en que se produce el inicio del procedimiento concursal (*bankruptcy filing*) como consecuencia de la insolvencia de la sociedad²²⁸.

²²³ MACEY, J.R., *op. cit.*, p. 24; ROBERTS, M., *op. cit.*, p. 283.

²²⁴ WALLMAN, S.M.H., «The Proper Interpretation of Corporate Constituency Statutes and Formulation of Director Duties», 21 *Stetson L. Rev.* 163 (1991-1992), pp. 192-193.

²²⁵ HARTMAN, R.F. *op. cit.*, pp. 1785-1786; MARÍN DE LA BÁRCENA GARCIMARTÍN, F., *loc. ult. cit.*

²²⁶ Se ha seguido principalmente en este apartado a HU, H.T.C./WESTBROOK, J.L., «Abolition of the Corporate Duty to Creditors», 107 *Colum. L. Rev.* 1321 (2007), pp. 1346-1349.

²²⁷ El término más comúnmente utilizado por la doctrina aquí analizara para calificar esta crisis es «*financial distress*». Se utiliza tanto en referencia con problemas de *cash flow* a corto plazo como ante la incapacidad de hacer frente a las obligaciones en un futuro indeterminado. *Vid.*, en relación con esta cuestión, p. ej., RAO, R.K.S./SOKOLOV, D.S./WHITE, D., «Fiduciary Duty *a la* Lyonnais: An Economic Perspective on Corporate Governance in a Financially-Distressed Firm», 22 *J. Corp. L.* 53 (1996-1997), p. 62. De hecho, parte de la doctrina ha defendido la utilización de ese término de un modo preferente al término *insolvency*, en tanto «la insolvencia denota un nivel de precisión que está ausente en la mayoría de discusiones en torno a la cuestión de los deberes de los administradores hacia los acreedores» (LIPSON, J.C., *op. cit.*, p. 1192, nota nº 3).

²²⁸ Es importante tener en cuenta que en el ordenamiento estadounidense no existe un deber de iniciar el procedimiento concursal, dependiendo la apertura del mismo de la voluntariedad del deudor o de la existencia de una petición de inicio parte de sujetos interesados. El *Bankruptcy Code* ofrece tanto a las personas físicas como jurídicas dos modalidades de procedimiento. La *liquidación*, regulada en el *Chapter 7* y la *reorganización*, que se rige por lo dispuesto en el *Chapter 11*. Las sociedades pueden iniciar voluntariamente el proceso de *liquidación* a través de sus administradores o involuntariamente, si lo promueven uno o varios acreedores. En principio, los socios no tienen derecho a iniciar el proceso de

Sin embargo, como consecuencia de la existencia de supuestos en que los tribunales consideraron que la postura tradicional no ofrecía la necesaria protección a los acreedores sociales, se desarrolló en Estados Unidos, en especial en la jurisdicción de Delaware, una corriente jurisprudencial, apoyada también por numerosa doctrina científica, que consideró que era necesario reinterpretar los deberes fiduciarios de los administradores para proteger a los acreedores ante situaciones de insolvencia. Esta evolución jurisprudencial se explica a continuación.

Esta reinterpretación de los deberes fiduciarios se materializó en el nacimiento de la doctrina jurisprudencial del *trust fund*, planteada por primera vez en la sentencia *Wood v. Dummer*²²⁹, donde el tribunal entendió que los activos de una sociedad insolvente han de ser considerados como un *trust* para el pago de las deudas sociales, imponiéndose deberes fiduciarios a los administradores con un contenido similar al de los *trustees*²³⁰, e imponiéndose a los administradores una actuación orientada a favorecer a los acreedores sociales ya que, en este contexto, pasan a ser los principales interesados en

liquidación en interés de la sociedad. En la liquidación, los acreedores nombran un *trustee*, que será el encargado de llevar a cabo la venta de la sociedad y de distribuir entre los acreedores lo percibido en dicha venta, de acuerdo con un sistema de prioridades que combina legislación estatal con legislación concursal. Si restan activos después del pago de los gastos del procedimiento y de la satisfacción de los créditos a los acreedores, se distribuyen entre los socios a prorrata, al menos que alguno de ellos tenga derechos de preferencia en el cobro (HENN, H.G./ALEXANDER, J.R., *Laws of Corporations*, 3ª ed., West Publishing Co., Minnesota, 1983, p. 1157-1159). En cuanto a la *reorganización*, el inicio del procedimiento también puede ser voluntario o involuntario. Al igual que en la liquidación, los socios no están legitimados para iniciar la reorganización en beneficio de la sociedad. En el caso de inicio involuntario del proceso, los acreedores han de alegar que la sociedad no está pagando sus deudas de una manera generalizada. En la reorganización, los administradores de la sociedad continúan en su cargo bajo la supervisión de un tribunal, desempeñando ahora las funciones de *debtor in possession*, estando obligados a la entrega de una serie de documentación referente a la situación empresarial, así como a comparecer ante el tribunal periódicamente. El fin del procedimiento es la elaboración de un plan de reorganización que habrá de ser aprobado por votación de los acreedores organizados por clases que identifican los distintos intereses en el concurso. El plan de reorganización del *Chapter 11* fue específicamente diseñado para permitir a los administradores sociales gestionar correctamente una sociedad en crisis.

²²⁹ 30 Fed. Cas. 435 (C.C.D. Me. 1824) (No. 17994). Explicado de manera brevísima, la sentencia analiza la actuación de la administración de un banco que, enfrentándose a una grave crisis, comenzó a repartir sustanciosos dividendos usurpando a los acreedores la capacidad de cobrar sus créditos. Para una explicación más detallada, *vid.* VARALLO, G.V/FINKELSTEIN, J.A., *op. cit.*, p. 245.

²³⁰ Como *trustees*, los administradores tienen el deber de observar una conducta conservativa de los activos sociales, llevando a cabo políticas empresariales protectoras de los activos remanentes y sin realizar actos de carácter especulativo. *Vid.* TOMPKINS, A.W., «Directors' Duties to Corporate Creditors: Delaware and the Insolvency Exception», 47 *S.M.U. Law Review* 165 (1993-1994), p. 167.

la situación patrimonial de la sociedad²³¹ en tanto «propietarios efectivos» de los activos restantes²³².

A pesar de la repercusión que tuvo la doctrina analizada, no faltaron tesis críticas con la solución propuesta. En primer lugar, los defensores de la *agency theory* –teoría que entiende que los administradores son agentes de los accionistas y, por tanto, sólo tienen deberes fiduciarios hacia éstos, como su principal- consideran que no existen, independientemente del estado económico de la sociedad, deberes fiduciarios hacia los acreedores, cuyos derechos se rigen sólo por lo establecido en el contrato que les vincule con la sociedad²³³. Además, se ha criticado la falta de aplicabilidad de la teoría en la actualidad, argumentando que la *trust fund doctrine* tuvo su razón de ser en un momento histórico, 1824, en que no existía un *Federal Bankruptcy Statute* que protegiera la prioridad de los acreedores en la bancarrota. Era, por tanto, una doctrina relativa a la evasión de los derechos de prioridad en el reparto de activos de empresas en liquidación. Se critica que no se trataba, pues, de una cuestión de modificación en el contenido de los deberes fiduciarios en empresas en funcionamiento, como suelen ser los supuestos de aplicación de la doctrina en la actualidad, y que la aplicación moderna puede convertir a los jueces en revisores de las decisiones empresariales de los administradores de sociedades en crisis²³⁴.

En 1974, los tribunales de Delaware instituyeron otra excepción al modelo tradicional de gobierno corporativo en *Harff v. Kerkorian*²³⁵, fundamentada en la *trust fund doctrine*: la *insolvency exception*. Se estableció que la insolvencia era una *circunstancia singular que justificaba la desviación de la concepción tradicional de gobierno corporativo del interés social*²³⁶, debido a la especial situación de vulnerabilidad en que sitúa los acreedores sociales, lo que justificaría, a su vez, la protección de sus intereses por parte de los administradores. En consecuencia, si la sociedad se encuentra en estado de insolvencia, el consejo de administración tiene deberes fiduciarios hacia los acreedores que superan los pactados contractualmente²³⁷.

²³¹ En tal sentido, en nuestra doctrina, cfr. MARÍN DE LA BÁRCENA GARCIMARTÍN, F., «El concepto de interés social...», *cit.*, p. 260.

²³² JELISAVCIC, V., «A Safe Harbor Proposal to Define the Limits of Directors' Fiduciary Duty to Creditors in the Vicinity of Insolvency: Credit Lyonnais v. Pathe», *18 J. Corp. L.* 145 (1992-1993), p. 147.

²³³ *Vid.* la doctrina y jurisprudencia citada por BEVERIDGE, N.P. JR., «Does a Corporation's Board of Directors Owe a Fiduciary Duty to Its Creditors?», *25 St. Mary's L. J.* 589 (1993-1994), p. 593.

²³⁴ HU, H.T.C./WESTBROOK, J.L., *op. cit.*, pp. 1331-1333, 1344-1345.

²³⁵ *Harff v. Kerkorian*, Del.Ch., 324 A.2d 215 (1974).

²³⁶ Las otras dos circunstancias singulares que justifican la excepción son, según esta sentencia, la existencia de fraude y el incumplimiento de una disposición legal.

²³⁷ Exponiendo tal cuestión, *vid.*, entre otros, HARTMAN, R.F., *op. cit.*, p. 1771; TOMPKINS, A.W., *op. cit.*, p. 167.

El siguiente escenario relevante estudiado por la jurisprudencia en relación con la protección de los acreedores ante situaciones de insolvencia se encuentra en la sentencia *Geyer v. Ingersoll Publications Co.*²³⁸ que plantea la cuestión de si es necesario para que nazcan deberes de protección hacia los acreedores que se haya iniciado un procedimiento concursal, o si es suficiente con la concurrencia de la situación de insolvencia. Se concluyó que los administradores de sociedades insolventes *de facto*²³⁹ tenían también deberes fiduciarios hacia los acreedores, sin que fuera necesario que dicha insolvencia hubiera sido determinada por un procedimiento judicial²⁴⁰.

El ponente defiende que tanto la jurisprudencia previa como la propia definición de insolvencia apoyan la tesis de que para el nacimiento de deberes fiduciarios lo determinante es la existencia de insolvencia *de facto*. Según la jurisprudencia de Delaware, el *hecho* que produce el nacimiento del deber a favor de los acreedores es la insolvencia²⁴¹, no considerando relevante el *momento* en que se inicia el procedimiento concursal²⁴².

²³⁸ *Geyer v. Ingersoll Publications Co.*, No. 12406, 1992, Del. Ch. (Del. Ch. June 18, 1992). En esta sentencia, poco posterior a *Credit Lyonnais*, Thomas P. Geyer demandó a Ingersoll Publications Company (IPCO) y a Ralph Ingersoll II alegando, entre otros extremos, el incumplimiento de deberes fiduciarios. Geyer e Ingersoll eran socios en una *partnership* [voz «Partnership», en GARNER, B.A. (Editor in Chief), *Black's Law Dictionary*, 8ª ed., Thomson West, 2007: «A voluntary association of two or more persons who jointly own and carry on a business for profit. Under the Uniform Partnership Act, a partnership is presumed to exist if the persons agree to share proportionally the business' profits or losses»; la figura es similar a la sociedad colectiva en Derecho español] que se dedicaba a gestionar periódicos. En determinado momento reemplazaron la *partnership structure* por una *corporate structure*, fundando IPCO. Ambos recibieron acciones de la sociedad equivalentes a sus intereses en la *partnership*, convirtiéndose en empleados de la nueva sociedad de capital. En 1988 IPCO compra las acciones de Geyer obligándose como contraprestación al pago de una cantidad mensual en concepto de parte del principal e intereses de la deuda, cuota creciente mes a mes. Y en 1991 Geyer reclama la falta de sucesivos pagos, procediendo a demandar a IPCO y a Ingersoll personalmente por incumplimiento de deberes fiduciarios, *fraudulent conveyance* y el juicio sobre la *promissory note* [voz «Promissory note», en GARNER, B.A. (Editor in Chief), *Black's Law Dictionary*, cit.: «An unconditional written promise, signed by the maker, to pay absolutely and in any event a certain sum of money either to, or to the order of, the bearer or a designated person. Also termed note of hand»]. Geyer alegó que Ingersoll renunció a determinados activos rentables a favor de terceros con la finalidad de obtener beneficio personal. Por su parte, Ingersoll sostuvo que Geyer carecía de legitimación activa en la medida en que había perdido el status de socio y, como acreedor, era necesaria la existencia de un procedimiento concursal para la aplicación de la *insolvency exception*. Para un análisis más amplio de los hechos de la sentencia, *vid.* TOMPKINS, A.W., *op. cit.*, pp. 180-181.

²³⁹ Algunos autores han asimilado la insolvencia *de facto* como insolvencia contable. *Vid.* JELISAVCIC, V., *op. cit.*, p. 161.

²⁴⁰ MCDONNELL, S.R., *op. cit.*, pp. 177-178.

²⁴¹ *Vid.* *Bovay v. H. M. Byllesby & Co.*, Del.Supr., 38 A.2d 808 (1944) [citando *McDonald v. Williams*, 174 U.S. 397, 19 S.Ct. 743, 43 L.Ed. 1022 (1899)]. En la sentencia *Bovay* se establece: «The fact which creates the trust for the benefit of creditors is the insolvency, and when that fact is established, the trust arises, and the legality of the acts thereafter performed will be decided by very different principles than in the case of solvency» (el subrayado es nuestro).

²⁴² MCDONNELL, S.R., *op. cit.*, p. 179-180.

Además, el ponente contestó a la alegación del demandado, que sostenía que la interpretación de insolvencia vinculada al inicio del procedimiento concursal garantizaba que los administradores conocieran de manera exacta cuándo nacían sus deberes hacia los acreedores. Si bien la sentencia no negó este extremo, defendió que motivos más relevantes conducían a la interpretación contraria. Citando la sentencia *Credit Lyonnais*, estableció que el nacimiento de los deberes fiduciarios en la insolvencia *de facto* conduciría a los administradores a líneas de actuación en defensa del interés de la sociedad como conjunto empresarial, en lugar de defender simplemente los intereses de los socios en un momento en que, según el ponente, estos últimos no deben ser la única preocupación de los administradores.

La sentencia *Geyer* fue acogida por la doctrina con la misma división de ideas que sentencias anteriores. Por una parte, se consideró positivo que se precisara que era la existencia de insolvencia *de facto*, y no el inicio de un procedimiento concursal, el elemento determinante para la aplicación de la *insolvency exception* y para el nacimiento de los deberes fiduciarios a favor de los acreedores²⁴³. Incluso algunos autores consideraron que esta sentencia era la primera en fijar con exactitud el momento en el que cambio de deberes se producía²⁴⁴.

Sin embargo, también existieron posturas críticas. Algunos autores señalaron que si la finalidad del cambio de deberes era la protección de los acreedores, el modelo establecido en *Geyer* pecaba de tardío, al hacer referencia a un momento en que la insolvencia ya no se puede evitar²⁴⁵. Por otra parte, se criticó también que la sentencia asumiera que determinar la insolvencia *de facto* era relativamente sencillo mediante el recurso a la definición del propio término «insolvencia», obviando los problemas ya estudiados de falta de concreción del concepto y situando a los administradores en una situación de inseguridad en relación con cuándo surgen nuevos beneficiarios de sus deberes²⁴⁶.

2.3. Los deberes de los administradores en situaciones de crisis empresarial. El tercer escenario posible

Finalmente, en algunas resoluciones jurisprudenciales y trabajos científicos se ha defendido la necesidad de que el contenido del interés social varíe no sólo en situación

²⁴³ HARTMAN, R.F., *op. cit.*, p. 1772.

²⁴⁴ Así, McDONNELL, S.R., *op. cit.* p. 180.

²⁴⁵ HARTMAN, R.F., *op. cit.*, pp. 1783-1784.

²⁴⁶ TOMPKINS, A.W., *op. cit.*, p. 182.

de insolvencia, *sino también en situaciones de preinsolvencia o proximidad a la insolvencia*²⁴⁷, produciéndose en el contexto de la de crisis financiera societaria un cambio de los beneficiarios de determinados deberes fiduciarios (*duty shifting*). A continuación se explicará la evolución al respecto, para lo que se expondrán las sentencias que se consideran más relevantes y que han sido mayoritariamente analizadas por la doctrina científica.

2.3.1. La sentencia *Credit Lyonnais Bank* y la protección de los acreedores en la proximidad a la insolvencia

Las sentencias analizadas en el apartado anterior trataban de la vulneración de los deberes fiduciarios que surgen *con la insolvencia* en favor de los acreedores. La sentencia *Credit Lyonnais Bank*²⁴⁸ supuso una extensión de estos deberes más allá de lo

²⁴⁷ En un principio, el estado de Delaware se mantuvo fiel al modelo tradicional de gobierno corporativo [el *leading case* en defensa del modelo tradicional es *Revlon v. MacAndrews & Forbes Holdings*, 506 A.2d 173 (Del. 1986)]. No sólo no se incorporó previsión legal alguna que permitiese tener en consideración intereses distintos de los de los socios, sino que judicialmente se impuso a los administradores de sociedades solventes la prohibición de actuar teniendo en consideración otros *grupos de interés* si dichas acciones no eran también acordes con el interés de los socios. El reconocimiento de la existencia de deberes fiduciarios sólo hacia los accionistas, así como la falta de relevancia del interés de otros grupos se reafirmó en numerosas resoluciones, como en *Katz v. Oak Industries*, 508 A.2d 873 (Del. Ch. 1986), donde se dispone: «Es la obligación de los administradores maximizar el valor de los accionistas a largo plazo, lo cual puede que a veces se tenga que hacer “a expensas de otros” (...) lo que no constituye la ruptura de ningún deber fiduciario. A veces las reestructuraciones de la empresa diseñadas para maximizar el valor de los accionistas pueden tener efectos sobre los obligacionistas, requiriéndoles asumir más riesgos de pérdidas (...)» (la traducción es nuestra) (es interesante señalar que el mismo ponente que en esta sentencia deniega derechos extracontractuales a los acreedores reconocerá en la sentencia *Credit Lyonnais Bank*, que se estudiará a continuación, dichos derechos en la proximidad a la insolvencia). Sin embargo, posteriormente los tribunales de Delaware se convirtieron, quizás, en los principales defensores de los intereses de grupos distintos a los accionistas (en especial de los acreedores) a la hora de valorar el comportamiento de los administradores sociales. (vid. HARTMAN, R.F., *op. cit.*, pp. 1782-1784).

²⁴⁸ *Credit Lyonnais Bank Nederland, N.V. v. Pathe Communications Corp.*, No. 12150, 1991 Del. Ch. LEXIS 215. En 1990, *Paramount Communications Corp.* (PCC), sociedad controlada por Giancarlo Parretti, adquiere *MGM/UA Communications Co.* (MGM), mediante una compra apalancada principalmente financiada por *Credit Lyonnais Bank Nederland N.V.* (CLB). El alto nivel de endeudamiento de MGM tras la adquisición situó a la sociedad en una grave posición financiera. En consecuencia, acreedores de MGM decidieron iniciar un procedimiento de concurso involuntario según lo dispuesto en el *Bankruptcy Code* (*Chapter 7*). Para evitar el inicio de la liquidación de la sociedad, MGM decide acudir a CLB en busca de nueva financiación. El banco, conocedor de la grave situación de MGM y de que Parretti había tergiversado previamente la existencia de recursos de la sociedad, decide supeditar la concesión de financiación a determinadas condiciones. En primer lugar, se diseñó un *corporate governance agreement* que permitía limitar el control de Parretti sobre el consejo de administración de MGM, que pasaría a estar formado por cinco miembros elegidos por el banco. El acuerdo también determinaba que dicho consejo podría bloquear cualquier venta de activos por un valor superior a 10 millones de dólares. Para reforzar el acuerdo se pactó además un *voting trust agreement* que otorgaba a CLB el derecho de voto sobre acciones de control de MGM y de PCC. Por último, se estableció que Parretti recobraría el control sobre el consejo cuando la deuda con CLB se redujese por debajo de una cifra determinada (125 millones de dólares). Por su parte, Parretti, con la finalidad de conservar el control

establecido por la *trust fund doctrine* y la *insolvency exception*, adelantándose su nacimiento a un estado denominado como «proximidad a la insolvencia» (*vicinity of insolvency*). En este caso el tribunal entendió que, a pesar de que la sociedad *aún era solvente*, los administradores tenían deberes fiduciarios no hacia los socios, sino hacia el conjunto de la comunidad empresarial, la «comunidad de intereses» que conforma la empresa²⁴⁹. Esta resolución produjo una gran división en la doctrina entre los que consideraron que la sentencia era coherente con la línea jurisprudencial de protección de los derechos de los acreedores²⁵⁰, y los que entendieron que rompía absolutamente con la tradición previa que tiene su origen en la *trust fund doctrine*²⁵¹.

Resulta especialmente ilustrativo el número 34 de la sentencia, que, dispone: «*At least where a corporation is operating in the vicinity of insolvency, a board of directors is not merely the agent of the residue risk bearers, but owes its duty to the corporate enterprise*». El ponente argumenta que, del mismo modo que la insolvencia produce ciertos incentivos en los socios que exponen a los acreedores a determinados riesgos como consecuencia del comportamiento oportunista de los primeros, la proximidad a la insolvencia también produce el nacimiento de determinadas

sobre el consejo de administración diseñó una operación que exigía vender determinados activos clave para MGM a un precio muy inferior a su valor real, rebajando la deuda por debajo del límite establecido por el acuerdo, pero situando a los acreedores de MGM en una posición muy arriesgada, siendo los principales perjudicados en el caso de que la estrategia empresarial ideada por Parretti no produjese el resultado esperado. Como consecuencia de la intromisión de Parretti en la política empresarial de MGM, el banco exigió judicialmente su remoción fundamentándola en los derechos que el acuerdo corporativo pactado le otorgaba. Por su parte, Parretti reconvino alegando que el bloqueo de la venta de activos que había pretendido era perjudicial para los socios, lo cual producía una ruptura de los deberes fiduciarios de los administradores electos por CLB. El tribunal entendió que MGM se encontraba en una situación de proximidad a la insolvencia y determinó que en dicha situación los intereses a salvaguardar no son los de los socios, sino los de la *comunidad empresarial*. [Para una explicación más detallada, *vid.* JELISAVCIC, V., *op. cit.*, pp. 152-157; TOMPKINS, A.W., *op. cit.*, pp. 176-179. Para un resumen de los hechos de la sentencia por doctrina española, *vid.* MARÍN DE LA BÁRCENA GARCIMARTÍN, F., «El concepto de interés social...», *cit.*, p. 265, nota nº 22].

²⁴⁹ A pesar de que la sentencia no determina qué intereses son éstos, posteriormente la doctrina ha establecido que, teniendo en cuenta el uso jurisprudencial posterior de la expresión, el ponente hacía referencia a los intereses de los acreedores más que a otros, como los laborales o los medioambientales. JELISAVCIC, V., *op. cit.*, p. 152, 159-160. De hecho, como expone el autor ahora citado, el estándar de la *vicinity of insolvency* nació para prevenir el conflicto de intereses que puede surgir en sociedades altamente endeudadas entre los socios, predispuestos a que se asuman altos riesgos empresariales si existen opciones de recuperar la situación financiera de la sociedad, y los acreedores, preocupados por los efectos sobre sus expectativas de cobro si dichas estrategias resultan infructuosas (JELISAVCIC, V., *op. cit.*, p. 157).

²⁵⁰ Por todos, LIN, L., *op. cit.*, p. 1524. El autor considera que, en realidad, la sentencia no hace más que reforzar los derechos contractuales de los acreedores, en la medida en que existía un pacto corporativo deudor-creedor. En cambio, este argumento obvia el fundamento más controvertido de la sentencia: la protección de los acreedores supera a la protección contractual cuando la sociedad está en la proximidad a la insolvencia.

²⁵¹ Recientemente, entre los más críticos con la tesis expuesta en la sentencia, *vid.* HU, H.T.C./WESTBROOK, J.L., *op. cit.*, pp. 1336 ss. Sostienen que al adelantar el momento del nacimiento de los deberes, en realidad lo que pretende la sentencia es influir en el proceso de decisión de los administradores sociales.

circunstancias por las que el interés de los socios diverge del de la «comunidad empresarial», siendo necesario proteger los intereses de la última²⁵². En definitiva, esta sentencia extiende los deberes que surgen con la insolvencia a la situación de proximidad a la misma²⁵³.

Es importante señalar que el estándar establecido por *Credit Lyonnais* plantea para los administradores la dificultad práctica del cumplimiento del mismo debido a la falta de determinación del momento en que nacen deberes fiduciarios de los administradores hacia los acreedores²⁵⁴. La determinación del concepto quedó principalmente en manos de la doctrina científica, que, quizá como consecuencia de la propia falta de concreción de la sentencia, se mostró especialmente dividida.

Los defensores de la instauración del criterio de la proximidad a la insolvencia como determinante para el nacimiento de deberes fiduciarios han argumentado que dicho estándar mejora considerablemente la protección del acreedor. Entienden que al adelantar el cambio de deberes de la insolvencia a la preinsolvencia se consigue la protección pretendida tanto por la *trust fund doctrine* como por la *insolvency exception*²⁵⁵. Por otra parte, desde un punto de vista crítico, se ha considerado que, si ya era difícil determinar la insolvencia, el escenario propuesto por la sentencia *Credit Lyonnais* sólo arroja incertidumbre e inseguridad, siendo imposible determinar el momento temporal en que los administradores de una sociedad se encuentran bajo

²⁵² Chancellor ALLEN, *Memorandum Opinion, Footnote 55*, Civ. A. No. 12150. Es sorprendente la diferencia existente entre esta sentencia y otras anteriores del mismo ponente, en las que determinaba que los derechos de los acreedores habían de limitarse a los derechos derivados de lo establecido en sus contratos (*Katz v Oak Industries*, cit.). Esta discordancia ha sido entendida por algunos autores como una falta de fundamento de la extensión de la responsabilidad (TOMPKINS, A.W., *op. cit.*, pp. 177-180, quien opina que Chancellor ALLEN ofrece «(...) the clearest and most troubling indication of his intention to extend the duties of directors to cover the creditors of solvent corporations»), mientras que otros lo han considerado como una evolución de la posición del ponente a favor de la protección de los acreedores (VARALLO, G.V/FINKELSTEIN, J.A., *op. cit.*, p. 242, nota nº 12).

²⁵³ SCHWARZ, S.L., «Rethinking a corporation's obligations to creditors», *17 Cardozo L. Rev.* 647 (1995-1996), p. 669.

²⁵⁴ En el caso de la proximidad a la insolvencia la indeterminación jurídica es prácticamente total, porque el tribunal no expresó qué significaba la expresión «*vicinity of insolvency*» (GOLDSTEIN, M.L./COHEN, S.E., *op. cit.*, pp. 204-205) ni ofreció un método, más o menos preciso, para definir el estándar que pretendía imponer. La doctrina ha sido especialmente crítica con esta indeterminación. *Vid.*, como muestra, BARNETT, C.L., «Healthco and the Insolvency Exception: an unnecessary expansion of the doctrine?», *16 Bankr. Dev. J.* 441 (1999-2000), p. 465, («a fuzzy concept»); BARONDES, R.R., «Fiduciary duties of officers and directors of distressed corporations», *7 Geo. Mason L. Rev.* 45 (1998-1999), p. 72, («the standard announced in *Credit Lyonnais* creates uncertainty of entirely different dimensions»); McDONNELL, S.R., *op. cit.*, p. 178, («This implication was ambiguous as to when a director as to when a directors' duties to creditors arise»); MORRIS, C.R., «Directors' duties in nearly insolvent corporations: a comment on *Credit Lyonnais*», *19 J. Corp. L.* 61 (1993-1994), p. 67 («A company operating "in the vicinity of insolvency" is in an unpredictable condition»); NICHOLSON, B., «Recent Delaware Case Law regarding directors' duties to bondholders», *19 Del. J. Corp. L.* 573 (1994), p. 575, («It is regrettably ambiguous in its timing and scope»); RAO, R.K.S./SOKOLOV, D.S./WHITE, D., *op. cit.*, p. 64, («The net effect of this uncertainty is that agents may well be unaware that the corporation is "in the vicinity of insolvency"»)].

²⁵⁵ HARTMAN, R.F., *op. ult. cit.*

el estándar de la proximidad a la insolvencia²⁵⁶. Además, mientras que las sentencias previas a *Credit Lyonnais* se centraban en infracciones de las normas de prioridad y distribución de activos, la resolución estudiada pretende determinar cuál es el modo correcto de emplear los activos de una sociedad aún solvente y, en consecuencia, influir en las decisiones de inversión de los administradores de la sociedad²⁵⁷.

Como interpretación alternativa, se propuso definir la proximidad a la insolvencia en relación con la posibilidad de que una política empresarial determinada o una actuación concreta pueda *conducir a la sociedad a un estado de insolvencia*, vinculando así el nuevo estándar con la postura tradicional nacimiento de la protección de los acreedores en la insolvencia, sustituyendo el estándar de «*vicinity of insolvency*» por el de «*contingent insolvency*» (insolvencia contingente o insolvencia esperable). Cuestión derivada de ésta es la de si en realidad es objetivamente exigible pretender que los administradores conozcan o puedan prever con cierta seguridad la posibilidad de que una determinada decisión empresarial tenga como consecuencia la insolvencia de la sociedad²⁵⁸.

Por último, también hubo quien no otorgó mayor atención al estándar, dando por hecho que se hacía referencia a los días inmediatamente previos al estado de insolvencia de la sociedad²⁵⁹.

2.3.2. La síntesis de la Corte Suprema: la sentencia *North American*²⁶⁰

Cuando los tribunales de Delaware habían aceptado mayoritariamente los criterios expansivos de *Credit Lyonnais* en relación con el *duty shifting*, la Corte Suprema de este estado modificó este criterio, regresando a la defensa de la insolvencia como única condición relevante en el nacimiento de deberes²⁶¹.

La sentencia *North American* sintetizó la posición de la Corte Suprema de Delaware. En primer lugar, el punto de inflexión en el cambio de los deberes fiduciarios de los

²⁵⁶ Entre otros, LIPSON, J.C., *op. cit.*, p. 1208, así como la doctrina citada en la nota nº 56.

²⁵⁷ Especialmente, HU, H.T.C./WESTBROOK, J.L., *op. cit.*, pp. 1336-1339.

²⁵⁸ SCHWARZ, S.L., *op. cit.*, pp. 671-672.

²⁵⁹ Parece que en este sentido, ROBERTS, M., *op. cit.*, pp. 288-289. El autor no presta especial atención al hecho de la indefinición del estándar estudiado, indeterminación que parece sugerir nace de la propia falta de un concepto preciso de insolvencia.

²⁶⁰ *North American Catholic Educational Programming Foundation v. Gheewalla*, No. 521, 2006, (Del. May 18, 2007). El tribunal debía resolver, entre otros extremos, una alegación relativa al incumplimiento por los administradores de sus deberes fiduciarios como consecuencia de la prolongación de la existencia de la empresa a pesar de que previsiblemente no sería económicamente viable. Para fundamentar la existencia e incumplimiento de deberes fiduciarios, el demandante alegó que la sociedad era insolvente o se encontraba en la «zona de insolvencia» («*insolvency zone*»).

²⁶¹ En este sentido, la sentencia *North American* estableció: «*When a corporation is insolvent, however, its creditors take the place of the shareholders as the residual beneficiaries of any increase in value*» (el subrayado es nuestro).

administradores lo marca *sólo* la insolvencia. Por tanto, sólo desde la insolvencia y no antes existen a favor de los acreedores derechos distintos de los nacidos del contrato. Desde este momento los acreedores son los poseedores de los primeros intereses a tener en cuenta por los administradores y serán los primeros perjudicados por incumplimientos de deberes fiduciarios y por la pérdida de valor de la sociedad.

En cambio, la sentencia resultó absolutamente innovadora al legitimar a los acreedores para el ejercicio de una *derivative action* contra los administradores por incumplimiento de deberes fiduciarios (no, en cambio, una *direct action*) desde la existencia de la insolvencia.

Doctrina posterior ratificó esta postura al considerar que, al menos, se intenta ofrecer a los administradores un marco jurídico seguro determinando cuáles son los criterios que han de guiar su actuación en circunstancias de crisis, y cuáles los deberes fiduciarios que están obligados a cumplir, a la vez que otorga a los acreedores una acción para la protección de sus intereses²⁶².

2.4. Cuestiones derivadas

A raíz del estudio de las anteriores sentencias, la doctrina estadounidense ha alcanzado determinadas conclusiones, la mayoría de las cuales han sido anticipadas a lo largo de los apartados anteriores, vinculadas con la necesidad o no de reconocer la existencia de deberes fiduciarios de los administradores hacia los acreedores en un contexto de crisis empresarial. En especial, dos cuestiones se esgrimen como argumento a favor de la existencia de estos: el conflicto de intereses socio-acreedor en relación con la asunción de riesgos y la existencia de distintas clases de acreedores.

²⁶² Así, GEVURTZ, F.A., *Corporation Law*, 2ª ed., West, 2010, p. 318, explica: «With nary an acknowledgment of the problem, the Delaware Supreme Court viewed it as trumped by the need for bright lines that would avoid leaving directors in a conflict as to where their duties lie. Moving to the situation in which the corporation is insolvent, the court turned the issue from one of substance (do directors owe a duty to creditors?) to one of procedure (can creditors bring a direct suit for breach of a fiduciary duty?). The court acknowledged that, once the corporation is insolvent, and so further losses come at the expense of creditors, creditors can bring derivative actions for breach of fiduciary duties on behalf of the corporation. The court, however, refused to allow direct suits by creditors to recover in their own right. The court's concern was that allowing direct suits for breach of fiduciary duty by individual creditors might put the directors in an awkward spot when trying to resolve conflicts between various creditors of an insolvent corporation».

2.4.1. Conflicto de interés en relación con la asunción de riesgos empresariales

El conflicto entre socios y acreedores²⁶³ en relación con el nivel de riesgo ha sido el argumento fundamental en la defensa de la existencia de deberes fiduciarios a favor de los acreedores en situaciones de crisis empresarial²⁶⁴. Se defiende que mientras la sociedad es solvente posee un incentivo ordinario a la asunción de riesgos en la administración de su patrimonio²⁶⁵. Como ya se expuso, los administradores, como gestores de la sociedad, tienen deberes fiduciarios hacia los accionistas, ante quienes serán responsables en el caso de que se considere que su asunción de riesgos ha sido negligente, no existiendo semejante responsabilidad hacia los acreedores²⁶⁶. En estado de solvencia se considera que los acreedores no sufren un daño inmediato o directo en sus intereses como consecuencia de las políticas empresariales asumidas por el deudor²⁶⁷.

Los accionistas, como *residual claimants* del valor de la sociedad, obtienen como contraprestación por soportar el riesgo de la actividad empresarial el derecho a los aumentos de valor que ésta produzca. Los acreedores, en cambio, se vinculan con la sociedad a través de sus contratos, sin soportar, en principio, el riesgo de la misma. De estos contratos nace, normalmente, el derecho a una contraprestación predeterminada, pero no obtienen el derecho a participar en las plusvalías que produzca la sociedad²⁶⁸. Según este esquema, los acreedores, al

²⁶³ Es necesario matizar que, a estos efectos, se supone que cada uno de estos grupos es internamente homogéneo. Sin embargo, para ser más precisos, sería necesario tener en cuenta que no todos los acreedores ni todos los accionistas tienen los mismos intereses en relación a la asunción de riesgos empresariales por parte de la sociedad. En el caso de los accionistas, su predisposición a la asunción de riesgos dependerá de múltiples factores, como, por ejemplo, el capital invertido (JELISAVCIC, V., *op. cit.*, p. 151). También los acreedores suelen formar un grupo heterogéneo, y sus derechos y capacidad de negociación y protección pueden variar notablemente, como se explicará a continuación.

²⁶⁴ HU, H.T.C./WESTBROOK, J.L., *op. cit.*, p. 1350. Estos autores señalan la influencia de estos conflictos de interés en la aparición jurisprudencial de la doctrina del *duty shifting*, aunque no defiendan la aplicación de la misma.

²⁶⁵ En la medida en que, en principio, la sociedad es la principal afectada por las decisiones de gestión ejecutadas por sus gestores –beneficiaria o perjudicada por el incremento o disminución que se produzca en su patrimonio social-, normalmente se tomarán dichas decisiones basándose en las que podríamos denominar «preferencias societarias en la asunción de riesgos». En consecuencia, dado que, en principio, es la sociedad la afectada, nunca se ha considerado oportuno elaborar una regulación estricta del modo en que debe emplear sus activos, más allá del control de aquellos comportamientos susceptibles de ser especialmente peligrosos. *Vid.* BRUNSTAD, G.E. JR., «Bankruptcy and the problems of economic futility: a theory of the unique role of Bankruptcy Law», *55 Bus. Law.* 499 (1999-2000), p. 551.

²⁶⁶ GEVURTZ, F.A., *op. cit.*, pp. 319, 340.

²⁶⁷ BRUNSTAD, G.E. JR., *op. cit.*, pp. 552-554.

²⁶⁸ JELISAVCIC, V., *op. cit.*, p. 148.

igual que los accionistas, están vinculados con la sociedad, pero, desde el principio, la situación e intereses de ambos grupos son, por lo general, opuestos²⁶⁹.

Sin embargo, si se entiende que la crisis produce un *incremento de los incentivos del deudor para desarrollar actuaciones empresariales excesivamente arriesgadas*²⁷⁰, surge, entonces, un conflicto de intereses entre accionistas y acreedores, ya que los dos grupos intentarán maximizar su retorno individual de activos, sin tener en cuenta el impacto que ello pueda producir en los otros sujetos afectados²⁷¹.

En este contexto, el interés de los acreedores se centrará en intentar cobrar sus créditos antes de que el capital continúe decreciendo, por lo que preferirán las políticas empresariales cautelosas, porque a falta de activos sociales, los acreedores pasan a soportar el riesgo de las inversiones empresariales, que, de no resultar beneficiosas, repercutirán directamente en su capacidad de cobro²⁷². Además, estarán motivados a exigir su crédito con toda la celeridad legalmente posible, motivación que colisiona con la situación de la sociedad, a la que le resultará cada vez más difícil acceder a nueva financiación²⁷³.

Por su parte, los socios presionarán a los administradores para embarcarse en operaciones arriesgadas pero con opciones de alto rendimiento, en lugar de optar por políticas de riesgo moderado. Se ha dicho que cuando la sociedad es insolvente, *los socios tienden a especular con el dinero de los acreedores*, porque reciben los beneficios del éxito empresarial, pero, en cambio, están protegidos por la responsabilidad limitada si la empresa fracasa²⁷⁴. Cuando una sociedad es deudora, y el valor de sus obligaciones supera el de sus activos, la posibilidad de repartir beneficios desaparece y surgen, en cambio, *incentivos perversos*. El deudor está motivado a realizar inversiones de alto riesgo, como única posibilidad de devolver el valor de lo adeudado y, si cabe, que resten beneficios²⁷⁵. En la medida en que la sociedad es insolvente, todo su interés se concentra en la posibilidad de recuperación del valor de sus activos. El pago corriente a los

²⁶⁹ LIN, L., *op. cit.*, p. 1488.

²⁷⁰ BRUNSTAD, G.E. JR., *op. cit.*, p. 506.

²⁷¹ BRUNSTAD, G.E. JR., *op. cit.*, p. 554; LIN, L., *op. cit.*, p. 1486. Algunos autores consideran que, hasta el momento, los modelos de gobierno corporativo planteados tanto jurisprudencial como legalmente no han llegado a ofrecer un mecanismo que resuelva los perjuicios que producen esta clase de conflictos socio-acreedor. *Vid.*, como especialmente críticos con las soluciones existentes actualmente, HU, H.T.C./WESTBROOK, J.L., *op. cit.*, pp. 1326-1328. Otros consideran que dicho conflicto no surge con la crisis empresarial, sino que existe desde que se concede el primer préstamo a la sociedad. La crisis simplemente acentúa el conflicto. *Vid.* BARONDES, R.R., *op.cit.*, p. 48; LIN, L., *op. ult. cit.*

²⁷² BARONDES, R.R., *op. cit.*, pp. 49-50; LIN, L., *op. cit.*, pp. 1489-1494.

²⁷³ ADAMS, C.W., «An economic justification for corporate reorganizations», *20 Hofstra L. Rev.* 117 (1991-1992), pp. 123-124.

²⁷⁴ De manera muy expresiva, ADAMS, C.W., *op. cit.*, p. 125.

²⁷⁵ LOPUCKI, L.M., «A general theory of the dynamics of the state remedies/bankruptcy system», *Wis. L. Rev.* 311 (1982), pp. 321-322; BARONDES, R.R., *op. cit.*, pp. 48-51. Para un amplio análisis del conflicto clarificado a través de ejemplos, *vid.*, LIN, L., *op. cit.*, pp. 1489-1493.

acreedores de sus deudas eliminaría las posibilidades de recuperación del deudor. Así, la única esperanza que le resta es conseguir evadir el pago a los acreedores durante un tiempo suficiente que le permita recuperar el valor de sus activos²⁷⁶. En conclusión, el acreedor sufre las consecuencias perjudiciales del control del socio, porque cuando una sociedad deviene insolvente los socios dejan de tener la intención simplemente de *controlar* la sociedad, pasando a *inducirla* a iniciar proyectos altamente arriesgados²⁷⁷.

Por tanto, si la *trust fund doctrine* considera que en la insolvencia el conjunto de los activos de la sociedad constituye un fondo a favor de los acreedores, pasando a ser considerados como los *propietarios de los activos restantes de la sociedad*, en esta circunstancia los administradores ya no deben basar su elección de las políticas y riesgo empresarial en función de los intereses del accionariado, sino de los intereses de los acreedores²⁷⁸.

En cualquier caso, a pesar de lo argumentado, lo cierto es que la insolvencia no produce, en principio, ningún cambio *de facto* en el control social. Si no se ha iniciado procedimiento concursal (al menos que el acreedor haya adquirido derechos de control sobre la sociedad en la insolvencia derivados de un contrato), el dominio de los activos continúa en manos de los gestores de la sociedad, que podrán seguir negociando con ellos de acuerdo con sus particulares preferencias de riesgo. Si estas actuaciones difieren de las que interesarían a los acreedores y producen más pérdidas, serán los acreedores los que las sufran en su condición de *propietarios del fondo de activos de la sociedad*²⁷⁹.

2.4.2. Clases de acreedores y *duty shifting*

Cuando se hace referencia al *duty shifting* se asume mayoritariamente que los administradores de una sociedad han de tomar decisiones en interés de los acreedores

²⁷⁶ BRUNSTAD, G.E. JR., *op. ult. cit.* Minoritariamente, se ha señalado que los acreedores también tienen incentivos perversos. Del mismo modo que los socios tienen interés en las estrategias arriesgadas, los acreedores prefieren evitar los riesgos, aunque los beneficios excedan los costes. Así, SKEEL, D.A. JR., «An evolutionary theory of Corporate Law and Corporate Bankruptcy», 51 *Vand. L. Rev.* 1325 (1998), p. 1333.

²⁷⁷ BAIRD, D.G., «The uneasy case for corporate reorganization», 15 *J. Legal Stud.* 127 (1986), p. 131; ROE, M.J., «Bankruptcy and debt: a new model for corporate reorganization», 83 *Colum. L. Rev.* 527 (1983), p. 549.

²⁷⁸ En consecuencia, cuando los acreedores se subrogan en la posición de los socios pasarían a ser los beneficiarios de los derechos fiduciarios de estos últimos. *Vid.* BARONDES, R.R., *op. cit.*, p. 63; LIPSON, J.C., *op. cit.*, pp. 1203-1205.

²⁷⁹ De nuevo, BRUNSTAD, G.E. JR., *op. cit.*, pp. 556-557.

como conjunto, dando por hecho que estos intereses son distintos de los de los socios, pero prácticamente homogéneos entre sí, lo cual no es necesariamente cierto²⁸⁰. La toma de decisiones en interés de los acreedores como conjunto quizás sea imposible salvo en presencia de una deuda homogénea. Cada acreedor (nos referimos en este momento sólo a los contractuales) está vinculado por su propio contrato con la sociedad²⁸¹, otorgándole, normalmente, un conjunto de derechos distinto al de los restantes acreedores, así como distintas preferencias en relación con el riesgo y distinta prioridad legal en el cobro²⁸². En relación con esta idea se plantean dos cuestiones. Primero, si la existencia de diferentes clases de acreedores puede servir de argumento para el reconocimiento de deberes fiduciarios a su favor. Y, derivado de lo anterior, si cabría defender una diferencia de trato de los distintos acreedores en relación con los deberes fiduciarios de los administradores.

Se han señalado tres factores relevantes en la clasificación de acreedores para definir la necesidad de existencia de deberes fiduciarios: (1) la capacidad de negociación del acreedor, (2) su facultad de acceso a la información relevante y (3) su posibilidad de dejar de ser parte en la relación con la sociedad²⁸³. La teoría de que los acreedores se protegen por sus propios contratos en la medida en que asumen los riesgos del tráfico mercantil voluntariamente y tienen capacidad para negociar las cláusulas contractuales que consideren necesarias sólo es cierta para una clase de acreedores, los profesionales. Son parte del contrato voluntariamente y tienen contratos exhaustivamente negociados, estando muy informados de la situación financiera de la contraparte. Para esta clase de acreedores quizás sea más difícil defender la necesidad de protección mediante deberes

²⁸⁰ Los defensores de la protección fiduciaria de los acreedores generalmente ha prestado especial atención a los acreedores profesionales y a los obligacionistas, no deteniéndose a estudiar cuáles pueden ser las diferencias existentes entre los acreedores. Los autores que, en sentido contrario, han entendido que los acreedores están protegidos por sus propios contratos, constatan la existencia de distintos grupos de acreedores, pero, en cambio, no tienen habitualmente en cuenta las posibles diferencias en lo referente a su capacidad de negociación. No cabe más que decir que ambos extremos pecan, sino de incorrectos, con seguridad de incompletos. Tanto si se critica como si se defiende la existencia de deberes fiduciarios hacia los acreedores, las diferencias entre acreedores han de ser valoradas.

²⁸¹ *Vid.*, especialmente, EASTERBROOK, F.H./FISCHEL, D.R., «Contract and Fiduciary Duty», 36 *J.L. & Econ.* 425 (1993), p. 437. Estos autores consideran que dichos desequilibrios se corrigen a través de la negociación del contrato. Por tanto, los acreedores disponen, según esta doctrina, de un mecanismo de protección. Consideramos que estos autores ignoran que, en muchos casos, los acreedores no tendrán una capacidad real de negociar de un modo idóneo sus contratos.

²⁸² HU, H.T.C./WESTBROOK, J.L., *op. cit.*, pp. 1352-1353.

²⁸³ Ya se ha dicho que, por lo que hemos podido constatar, la literatura interesada por las diferencias entre acreedores en relación con el *duty shifting* no es muy extensa. Aquí se seguirá fundamentalmente el trabajo de LIPSON, J.C., *op. cit.*, p. 1242 ss.

fiduciarios. Esta protección parece más apropiada en el caso de aquellos acreedores que no están en posición de negociar sus contratos²⁸⁴.

Los ejemplos más claros de insuficiencia de la regla de la autoprotección los plantean dos grupos de acreedores: los acreedores extracontractuales y determinados pequeños acreedores comerciales. En el caso de los acreedores extracontractuales, es obvio que no son parte voluntaria de la relación que los vincula con la sociedad ni asumen voluntariamente los riesgos del tráfico mercantil. Al carecer de voluntad de iniciar la relación parece razonable reconocer a su favor esta protección²⁸⁵.

Los llamados «*trade creditors*», aquellos que suministran bienes o servicios al deudor, cuyo crédito normalmente es a corto plazo y no suele estar garantizado, presentan un caso interesante. Por una parte, parecen tener la posición de los acreedores profesionales, en cuanto a capacidad de negociación e información²⁸⁶. Contratan con la sociedad bajo su cuenta y riesgo y, además, existe un mercado secundario en el que pueden vender sus créditos si quieren dejar de estar contractualmente vinculados con la sociedad, aunque en dicho mercado normalmente sus créditos se ven notablemente rebajados²⁸⁷. Pero lo anterior no es siempre válido. El pequeño proveedor que suministra sus bienes o servicios a muy pocas sociedades, o, incluso, a una sola, escasamente está en posición de garantizar su crédito a través de la negociación contractual con la sociedad.

En definitiva, la necesidad del establecimiento de deberes fiduciarios a favor de los acreedores de sociedades en crisis, se puede fundamentar en los «desequilibrios de poder» en la negociación contractual. Es evidente que un banco no está en la misma posición para negociar sus garantías que un pequeño proveedor que tenga como único cliente a la sociedad en crisis. En conclusión, a la hora de estudiar la aplicación de la

²⁸⁴ LIPSON, J.C., *op. cit.*, pp. 1249-1251.

²⁸⁵ LIPSON, J.C., *op. cit.*, pp. 1245-1246.

²⁸⁶ LIPSON, J.C., *op. cit.*, pp. 1248-1249.

²⁸⁷ Se han apuntado factores que determinan la pérdida de valor de esta clase de créditos cuando acceden a mercados secundarios donde se negocia su venta. Normalmente los acreedores desconocen la situación financiera de la sociedad deudora con la profundidad y precisión necesaria para negociar idóneamente la venta de su crédito. Ello sucede porque el acreedor no ha tenido la capacidad de negociar un derecho de acceso a la información financiera de la sociedad deudora. Y, en muchos casos, aunque tengan dicho derecho y accedan a la información, el acreedor comercial no dispone de los servicios de asesoría adecuados para determinar el valor de venta de su reclamación en el mercado a la luz de la información obtenida (lo que no le sucede, por ejemplo, a los acreedores-bancos). *Vid.* BARONDES, R.R., *op. cit.*, pp. 94-95.

doctrina del *duty shifting*, es necesario valorar las diferencias existentes entre las distintas clases de acreedores, su voluntad de entrar en la relación, su posibilidad de finalizar la misma y su capacidad de llevar a cabo una negociación idónea del contrato. Así, el recurso a la diferenciación de grupos de acreedores permitiría que, de aplicarse el *duty shifting*, que no se beneficiasen de los deberes fiduciarios los acreedores que, en realidad, no están desprotegidos, otorgando la defensa de la doctrina aquí estudiada sólo a aquellos acreedores en una situación real de desprotección²⁸⁸.

C. El interés social en la crisis empresarial en Derecho español

1. Introducción. El planteamiento en el supuesto de sociedad solvente

La definición del concepto del interés social permite no sólo servir de guía para el comportamiento de los administradores, sino también de criterio para enjuiciar la diligencia de sus decisiones en el ejercicio de sus funciones²⁸⁹. Sin embargo, en la medida en que el legislador no concreta su contenido, deja indeterminada la cuestión de en beneficio de qué intereses debe administrarse el patrimonio social²⁹⁰.

²⁸⁸ LIPSON, J.C., *op. cit.*, p. 1258.

²⁸⁹ ESTEBAN VELASCO, G., «Interés social...», *cit.*, pp. 17-18; SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, J., «Creación de valor, interés social y responsabilidad social corporativa», en RODRÍGUEZ ARTIGAS, F. *et alt. (dir.)*, *Derecho de sociedades anónimas cotizadas*, T. II, Thomson-Aranzadi, Madrid, 2006, p. 857. .

²⁹⁰ La LSA establecía en su art. 127.1 que los administradores desempeñarían su cargo «con la diligencia de un ordenado empresario y de un representante leal», de lo que la doctrina deducía que el administrador debía promover los intereses de la sociedad y prohibía la competencia y los conflictos de interés entre administradores y sociedad y la prohibición genérica de utilizar en beneficio propio su posición orgánica (*vid.*, por todos, ESTEBAN VELASCO, G., «Interés social...», *cit.*, pp. 22-24).

La Propuesta de Código de Sociedades Mercantiles, aprobada por la Sección de Derecho Mercantil de la Comisión General de Codificación el 16 de mayo de 2002 (PCSM), cuyos ponentes fueron los profesores D. FERNANDO SÁNCHEZ CALERO, D. ALBERTO BERCOVITZ Y D. ÁNGEL ROJO, ofrecía en el art. 122 una noción del interés social como el «común de todos los socios». Sin embargo, la reforma operada por la Ley 26/2003, de Transparencia, de 17 de julio de 2003 no hizo suya aquella interpretación (por considerar el legislador que no era interpretación unánime en la doctrina) y simplemente vino a reflejar en el art. 127 bis que «los administradores deberán cumplir con los deberes impuestos por las leyes y los estatutos *con fidelidad al interés social, entendido como interés de la sociedad*», norma ésta ciertamente confusa, como ha indicado la doctrina, al convertir «lo definido en definición». Así, PAZ-ARES RODRÍGUEZ, C., «La responsabilidad de los administradores como instrumento de gobierno corporativo», *RdS*, 20/2003, p. 103, que consideraba que el artículo 127 bis debería haber quedado redactado con la formulación originariamente remitida al Gobierno, y que reproducía el texto del art. 122 del PCSM. Matizando la postura anterior, MARCOS FERNÁNDEZ, F./SÁNCHEZ GRAELLS, A., «Necesidad y sentido de los consejeros independientes. Dificultades para el trasplante al derecho de las sociedades cotizadas», *RDM*, 268/2008, pp. 512-514, interpretaron la aparente redundancia de la cláusula como el modo de introducir en la regulación de los deberes de los administradores el criterio de la persecución del interés específico de la propia sociedad (considerando los autores que dicho interés no puede ser otro que el del conjunto de los accionistas). También consideró que se trataba de una simple sinonimia, MORILLAS JARILLO, M.J., «El problema de la determinación del interés social en las sociedades anónimas, a la luz del derecho español»,

No se pretende ahora abordar la tan debatida cuestión del contenido de la cláusula del interés social. Nos limitaremos a recordar en qué términos se plantea el debate²⁹¹, para, posteriormente, intentar ofrecer una visión de cómo afecta al supuesto de hecho que se plantea en esta tesis el posicionamiento que se adopte en lo referente a la interpretación de dicha cláusula. Al fin y al cabo, la responsabilidad de los administradores sociales surge cuando incumplen sus deberes. Por tanto, estudiar cuáles son estos deberes constituye un paso previo al análisis de la responsabilidad²⁹².

Tradicionalmente, el análisis del contenido de la cláusula del interés social se ha planteado en torno a dos teorías enfrentadas, la contractualista y la institucionalista²⁹³. A muy grandes rasgos –y haciendo la salvedad inicial de que este trabajo obvia las diferencias existentes entre sociedades abiertas y cerradas²⁹⁴– la tesis contractualista²⁹⁵,

en AAVV, *La dialettica degli interessi nella disciplina delle società per azioni*, Quaderni del Dipartimento di Diritto ed Economia, Facoltà di Economia - SUN, Jovene editore, Napoli, 2011, *cit.*, p. 102. En cambio, EMBID IRUJO, J.M., «La responsabilidad social corporativa ante el Derecho mercantil», *CDC*, 42/2004, p. 26, consideró que la reforma operada por la llamada Ley de Transparencia iniciaba una *consagración de una ordenación pluralista de la empresa*.

La LSC en su texto originario no modificó sustancialmente el precepto, al disponer en el art. 226, bajo la rúbrica «Deber de lealtad» que «los administradores desempeñaran su cargo como un representante leal en defensa del interés social, entendido como interés de la sociedad, y cumplirán los deberes impuestos por las leyes y los estatutos» (para una exhaustiva relación de los demás preceptos de la LSC que hacían referencia al interés social, MORILLAS JARILLO, M.J., «El problema de la determinación...», *cit.*, pp. 91-92).

Sin embargo, la cuestión, desde el punto de vista legislativo, distaba mucho de estar resuelta con aquella redacción. La Propuesta de Código Mercantil elaborada por la Sección de Derecho Mercantil de la Comisión General de Codificación, de 17 de junio de 2013, en su Libro Segundo, Título I, Capítulo V, Sección 2ª, «De los deberes de los administradores», art. 215-8 establecía: «1. Los administradores deberán desempeñar lealmente el cargo con fidelidad a la sociedad». En cambio, el Proyecto de Ley de 30 de mayo de 2014, por la que se modifica la Ley de Sociedades de Capital para la mejora del gobierno corporativo, disponía en el art. 227.1 que «[l]os administradores deberán desempeñar el cargo con la lealtad de un fiel representante, obrando de buena fe y en el mejor interés de la sociedad», texto que entró en vigor mediante la Ley 31/2014, de 3 de diciembre, por la que se modifica la Ley de Sociedades de Capital para la mejora del gobierno corporativo. El ALCM se homogeneizó en igual sentido, haciendo suyo el texto del art. 227.1 LSC en el proyectado art. 215-9 ALCM.

²⁹¹ Nuestro trabajo analiza, fundamentalmente, posiciones doctrinales. Para una exhaustiva reseña de las posiciones de la jurisprudencia española al respecto, *vid.*, MORILLAS JARILLO, M.J., «El problema de la determinación...», *cit.*, pp. 123-146.

²⁹² Por todos, QUIJANO GONZÁLEZ, J., *La responsabilidad civil de los administradores de la sociedad anónima*, 1ª reimpresión, Universidad de Valladolid, 1985, pp. 153 ss.

²⁹³ *Vid.*, para una exposición de clásica de ambas corrientes, JAEGER, P.G., *L'interesse sociale*, Giuffrè, Milano, 1964, *passim*.

²⁹⁴ Entiende MEGÍAS LÓPEZ, J., «Abuso de mayoría y de minoría en las sociedades de capital cerradas», *RDBB*, 132/2013, p. 18, al respecto de la concepción contractualista del interés social, que «[s]e trata de un principio afirmado en sede de sociedades anónimas abiertas, sin que haya motivos que cuestionen su plena validez para las sociedades cerradas».

²⁹⁵ La tesis contractualista es la seguida de manera mayoritaria por nuestra doctrina. A título de ejemplo, DUQUE DOMÍNGUEZ, J.F., *Tutela de la minoría: impugnación de acuerdos lesivos (art. 67 L.S.A.)*, esp. pp.

se fundamentaba en el interés social entendido como *el común de los socios*²⁹⁶, evolucionando a su concepción como el «hacer máximo, de forma sostenida»²⁹⁷, el valor económico de la empresa»²⁹⁸, idea que se concreta en maximizar la valoración de los

84 ss; ALFARO, J., *Interés social y derecho de suscripción preferente. Una aproximación económica*, 1ª ed., Civitas, Madrid, 1995, pp. 18-19, 22-26 (para quien la cláusula del interés social tendría como finalidad integrar las lagunas del contrato de sociedad, limitando la discrecionalidad en la actuación de los administradores ante circunstancias que no pudieron predecirse en el momento fundacional de la sociedad y, por tanto, interpretándose de acuerdo con lo que, se presume, habrían pactado las partes contratantes en la constitución de la sociedad su pudieran predecir todos los futuros conflictos); LLEBOT MAJÓ, J.O., *Los deberes de los administradores de la sociedad anónima*, Civitas, Madrid, 1996, pp. 41-43; PAZ-ARES RODRÍGUEZ, C., «La responsabilidad de los administradores...», *cit.*, pp. 103-104. SÁNCHEZ CALERO, F., *Los administradores en las sociedades de capital*, 2ª ed., Thomson-Civitas, Madrid, 2007, pp. 190-191; entre otras de sus obras, SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, J., «Creación de valor...», *cit.*, esp. pp. 904-906; MARCOS FERNÁNDEZ, F./SÁNCHEZ GRAELLS, A., *op. cit.*, pp. 512-518; MEGÍAS LÓPEZ, J., *El consejero independiente. Estatuto y funciones*, La Ley, Madrid, 2012, pp. 153-154 (que considera que el interés social «[s]e asienta sobre un fundamento contractual que tiene en cuenta los aspectos de un institucionalismo de base objetiva y no subjetiva, pues no incluye en el interés social a sujetos diversos de los accionistas sino que pretende un incremento continuado de la eficiencia patrimonial de la sociedad como interés que trasciende del propio de los socios, si bien orientado en último término a la satisfacción de este»), a cuya obra remitimos para ulteriores referencias tanto nacionales como comparadas.

²⁹⁶ Se ha señalado que es importante no confundir el interés de los socios con el interés de la mayoría, que sería tanto como expropiar a la minoría sus derechos. *Vid.*, en este sentido, por ejemplo, ALFARO, J., *Interés social...*, *cit.*, pp. 38-49; COUTINHO DE ABREU, J.M., «Interés social y deber de lealtad de los socios», *RdS*, 19/2002, pp. 40-42.

²⁹⁷ *Vid.*, para ulteriores referencias sobre el elemento de la estabilidad en la maximización del valor, MEGÍAS LÓPEZ, J., *El consejero independiente...*, *cit.*, p. 152, nota 18.

²⁹⁸ Cfr. la Recomendación 7 del Código Unificado de Buen Gobierno de 2006. En el primer párrafo del comentario previo a la recomendación se expone: «A la hora de concretar el significado de este concepto, el Código opta por una interpretación contractualista, que pone el énfasis en el interés común de los accionistas o, si se prefiere, en el interés del accionista común. Considera esta opción la más adecuada para un ejercicio efectivo y preciso de responsabilidad y la que mejor responde a las expectativas de los inversores, ante quienes, a la postre, ha de rendir cuentas el Consejo. Por ello aconseja que el objetivo último de la compañía y, por tanto, el criterio que presida la actuación del Consejo sea la maximización, de forma sostenida, del valor económico de la empresa. Frente a otras interpretaciones más amplias del “interés social”, ésta parece preferible, porque proporciona al Consejo y a las instancias ejecutivas sujetas a su supervisión una directriz clara que facilita la adopción de decisiones y su evaluación».

El llamado Informe Olivencia (1998) ya recogió el principio de la «maximización del valor de la empresa» o de «creación de valor para el accionista» (cfr. p. 19), defendiendo así una concepción financiera de la sociedad, orientada a la protección del inversor (ESTEBAN VELASCO, G., «El gobierno de las sociedades cotizadas. La experiencia española», *CDC*, 35/2001, p. 48). Ahora bien, el informe manifestaba no ser ajeno a los intereses de «otros grupos implicados en la empresa y a la propia comunidad en que ésta se ubica», al respecto de los cuales, dispone que «el interés de los accionistas proporciona una guía de actuación que necesariamente habrá de desarrollarse respetando las exigencias impuestas por el derecho (...), cumpliendo de buena fe las obligaciones contractuales (...) y, en general, observando aquellos deberes éticos que razonablemente sean apropiados para la responsable conducción de los negocios». Al respecto de esta manifestación del informe, PAZ-ARES RODRÍGUEZ, C., «La responsabilidad de los administradores...», *cit.*, p. 104: «En otros términos: cuando los intereses y riesgos son fijos –como ocurre con los demás *stakeholders*–, su satisfacción se realiza cumplimentando las correspondientes obligaciones legales y contractuales. En cambio, cuando son residuales –como sucede con los accionistas–, su satisfacción se realiza bajo un imperativo de maximización».

Posteriormente, el Informe Aldama (2003) introduce ciertas precisiones al principio anterior, estableciendo que los administradores «han de considerar los diversos intereses concurrentes en una decisión, pero el criterio superior para dirimir intereses en conflicto y para avanzar es el bien de la empresa en su conjunto y su continuidad a largo plazo» (III.3).

activos societarios²⁹⁹. En tanto los gestores rinden cuentas ante los propietarios de la sociedad, es a favor de éstos últimos a quien habrá de dirigir de manera prioritaria la gestión social. Ello no impide, necesariamente, tener en consideración los intereses de otros grupos de sujetos implicados en el devenir de la empresa³⁰⁰, sino que determina que de todos los intereses concurrentes en el devenir societario, los intereses de los socios gozan de una posición preeminente³⁰¹, y que, en definitiva, exige que cualquier actuación realizada en favor de terceros no socios con interés en la sociedad (*stakeholders*) resulten beneficiosas para los socios en el largo plazo³⁰².

En definitiva, la meta de la gestión empresarial será la maximización del valor de la empresa, fundamentalmente, porque es a los propietarios de la sociedad ante quienes habrán de rendir cuentas los gestores, en cuyo favor habrán de gestionar la sociedad³⁰³. Así expuesta, se observan claramente los dos elementos que, se ha dicho, conforman la cláusula: el subjetivo (los sujetos a cuyo beneficio se ha de orientar la gestión de la sociedad, es decir, los socios) y el objetivo (la maximización del valor de la empresa)³⁰⁴.

De manera alternativa a la interpretación expuesta, encontramos las corrientes doctrinales denominadas institucionalistas o pluralistas, donde se defiende una concepción del interés de la sociedad de capital de la que se deriva que la administración societaria no debe limitarse a tener en cuenta los intereses de los aportantes del capital, sino que, en su actuación, el órgano de administración deberá

²⁹⁹ Expresamente, MARCOS FERNÁNDEZ, F./SÁNCHEZ GRAELLS, A., *op. cit.*, pp. 515-516.

³⁰⁰ Cfr. Comentario a la recomendación 7ª CUBG.

³⁰¹ Además, como manifiesta SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, J., «El interés social y los varios intereses presentes en la sociedad anónima cotizada», *RDM*, 246/2002, p. 1667, al exponer esta tesis, se considera que «una primaria protección de los accionistas comportará un simultáneo beneficio para los derechos de las otras partes involucradas en la empresa»

³⁰² Expresamente, MEGÍAS LÓPEZ, J., *El consejero independiente...*, cit., p. 171.

³⁰³ Por todos, FLEISCHER, H., «Shareholders vs. Stakeholders: Aktien- und übernahmerechtliche Fragen», en HOMMELHOFF, P./HOPT, K.J./V. WEDER, A., (hrsg.), *Handbuch Corporate Governance*, Köln, Otto Schmidt, 2003, pp. 134-136. También, KUHNER, C., «Unternehmensinteresse vs. Shareholder Value als Leitmaxime kapitalmarktorientierter Aktiengesellschaften», *ZGR*, 2004, pp. 244-245; MÜLBERT, P.O., «Shareholder Value aus rechtlicher Sicht», *ZGR*, 1997, p. 141.

³⁰⁴ Por lo demás, no podemos ahora detenernos en todas las cuestiones que sugiere cada uno de estos elementos y que han sido ampliamente estudiadas por nuestra doctrina, tanto en relación con la falta de homogeneidad real entre los intereses de los distintos accionistas, ya sea individualmente considerados, ya sea teniendo en cuenta la estructura de mayorías/minorías presentes en cada sociedad, así como en relación con la concreción económica de la «maximización del valor de la empresa». De nuevo, nos remitimos, para ambas cuestiones, a la obra de MEGÍAS LÓPEZ, J., *El consejero independiente...*, cit., pp. 147-154.

valorar, en alguna manera, los intereses de otros grupos implicados en la empresa y afectados por sus decisiones y actuaciones (*stakeholders*), identificándose, así, el interés social con el *interés de la empresa*³⁰⁵.

³⁰⁵ En nuestra doctrina, FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, L., «El régimen de responsabilidad...», *cit.*, pp. 22-23. ALONSO UREBA, A., «Presupuestos de la responsabilidad social de los administradores de una sociedad anónima», *RDM*, 198/1990, p. 669; de una manera matizada, ALONSO LEDESMA, C., «Algunas consideraciones sobre el juego de la cláusula del interés social en la supresión o limitación del derecho de suscripción preferente», en AAVV, *Derecho mercantil de la Comunidad Económica Europea. Estudios en homenaje a José Girón Tena*, Civitas, Madrid, 1991, pp. 40-42; EMBID IRUJO, J.M., «La responsabilidad social...», *cit.*, pp. 27-28; VELASCO SAN PEDRO, L.A., «El gobierno de las sociedades cotizadas (*corporate governance*) en España: el “Informe Olivencia”», en AAVV, *Derecho de Sociedades. Libro Homenaje Fernando Sánchez Calero*, vol. III, McGraw Hill, Madrid, 2002, pp. 3015-3016; se aprecia también cierta aproximación a esta interpretación en RECALDE CASTELLS, A., «La reforma de las sociedades cotizadas», *RdS*, 13/1999, p. 174.

Especialmente dedicado a esta cuestión, ESTEBAN VELASCO, G., *El poder de decisión en las sociedades anónimas (Derecho europeo y reforma del Derecho español)*, Civitas, Madrid, 1982, pp. 584-594, esp. pp. 590-591 («Hay que partir de la consideración de la empresa como centro de organización de distintos intereses cuya realización se encuentra al mismo tiempo en relación de dependencia y de conflicto. (...) El interés de la empresa “no es un factor permanente frente al que haya que valorar los restantes intereses”, sino el resultado de la confrontación de los distintos intereses parciales establecido en el marco de un determinado procedimiento para su obtención o realización»). Para un sintético análisis del desarrollo de esta tendencia, *vid.* ESTEBAN VELASCO, G., «Interés social...», *cit.*, pp. 28-31. Recientemente, se reafirmaba ESTEBAN VELASCO, G., «Responsabilidad social corporativa: delimitación, relevancia jurídica e incidencia en el Derecho de Sociedades y en el Gobierno Corporativo», en GARCÍA DE ENTERRÍA, J., (coord.), *Liber Amicorum Juan Luis Iglesias*, Civitas, Cizur Menor, Navarra, 2013, p. 299, nota 51, en la opinión –teniendo, además, en cuenta el proceso legislativo–, de que debe entenderse que nuestra legislación debe interpretarse en línea con el reconocimiento de un «pluralismo societario» o una «apertura pluralista societaria».

Revisitando el concepto de «interés de la sociedad» como una «tercera vía» entre la teoría contractualista y la institucionalista, donde «el legislador evita la adopción de soluciones radicales», pasando a «dirigir la atención sobre el interés de la sociedad misma, como entidad jurídica dotada de su propia personalidad», HERNANDO CEBRIÁ, L., «El interés social de las sociedades de capital en la encrucijada: Interés de la sociedad e intereses en la sociedad, la responsabilidad social corporativa y la “tercera vía” societaria», *RDBB*, 133/2014, pp. 94-95.

La influencia de la doctrina alemana en el estudio del interés social y, en concreto, en el desarrollo de las tesis institucionalistas, es de sobras conocida por cualquiera que se haya aproximado a la materia (*vid.*, con ulteriores referencias a la doctrina alemana precursora, ESTEBAN VELASCO, G., *El poder de decisión...*, *cit.*, p. 586). Sin embargo, no nos resistimos a recordar algunas cuestiones relativas a la noción de *interés de la empresa* (*Unternehmensinteresse*) para subrayar la influencia de la postura adoptada en torno a la polémica del interés social a la hora de analizar la gestión cotidiana y en las decisiones operativas del órgano de administración. Recurrimos a la síntesis de MÜLBERT (*op. cit.*, pp. 142-143), que identifica las 4 concepciones principales sobre la función normativa del interés social de la empresa: (1) el interés de la empresa se identifica con el resultado de los distintos intereses empresariales de las partes interesadas (*concepción sustantiva o material del interés empresarial*); (2) el interés de la empresa resulta de la combinación de intereses materiales y procesales formándose en los casos particulares el interés social a partir del equilibrio de ambas facetas, lo que concede un amplio margen de discrecionalidad a los administradores; (3) el interés de la empresa es una cuestión puramente procesal, que se concreta en la obligación de integrar todos los procedimientos; (4) el interés de la empresa no se asimila con el interés de los diferentes grupos de interés, sino que representa un interés propio de la organización que resuelve los conflictos existentes entre los intereses divergentes de los distintos grupos.

A pesar de que a lo largo de las últimas dos décadas se ha producido un renacimiento del *shareholder value* (*Wertmanagement*, *Wertsteigerungsmanagement*) en la doctrina alemana, se considera que el *Deutscher Corporate Governance Kodex* (DCGK) sigue manteniendo una orientación pluralista del interés social (cuestión especialmente importante si tenemos en cuenta que la AktG en su § 161 establece

En cualquier caso, en la medida en que nuestro Derecho no reconoce mecanismos de exigibilidad de un interés plural de la empresa, la eficacia práctica de esta tesis se ha demostrado escasa³⁰⁶. En definitiva, los administradores son elegidos y controlados por los accionistas, ante quienes responden³⁰⁷.

que la Dirección y el Consejo de Vigilancia de sociedades cotizadas o que emitan valores distintos de acciones exclusivamente para su negociación en un mercado organizado, habrán de declarar anualmente si siguieron las recomendaciones del código de gobierno corporativo y, en relación con las no aplicadas, el porqué de la ausencia de aplicación de las mismas. Cfr. en el mismo sentido, la recomendación 3.10 del DCGK). Este código establece en la recomendación 3.1 que el consejo de dirección y el consejo de vigilancia colaboran estrechamente *en beneficio de la empresa* (recomendación que se ha mantenido invariada desde la primera versión del código: «*Vorstand und Aufsichtsrat arbeiten zum Wohle des Unternehmens eng zusammen*»), beneficio que se identifica con el *Unternehmensinteresse* y que ha de ser la máxima que guíe la actividad de los órganos de administración societarios, sirviendo como equilibrio entre el enfoque del interés de los accionistas y de los *stakeholders* (vid. V. WERDER, A., «Zusammenwirken zum Wohle des Unternehmens (Kodex 3.1)», en RINGLEB, H.M./KREMER, T./LUTTER, M./V. WERDER, A., *Kommentar zum Deutschen Corporate Governance Kodex*, C.H. Beck, München, 2003, pp. 83-84). A su vez, el interés de la empresa se concreta en la recomendación 4.1.1, donde se establece que la Dirección gestiona la empresa bajo su propia responsabilidad en interés de la misma, por lo tanto, tomando en consideración los intereses de socios, empleados y otros *stakeholders*, teniendo como objetivo la creación sostenible de valor [«*Der Vorstand leitet das Unternehmen in eigener Verantwortung im Unternehmensinteresse, also unter Berücksichtigung der Belange der Aktionäre, seiner Arbeitnehmer und der sonstigen dem Unternehmen verbundenen Gruppen (Stakeholder) mit dem Ziel nachhaltiger Wertschöpfung*»]. La primera versión de esta recomendación, que se mantuvo desde 2002 hasta 2009 establecía que la Dirección era responsable de realizar una gestión independiente de la sociedad, estando obligada, al hacerlo, a actuar en el *mejor interés de la empresa con el fin de incrementar el valor de la misma* («*Der Vorstand leitet das Unternehmen in eigener Verantwortung. Er ist dabei an das Unternehmensinteresse gebunden und der Steigerung des nachhaltigen Unternehmenswertes verpflichtet*»). En 2009 se modificó, pasando a disponer de manera casi idéntica a lo que establece hoy, que la Dirección gestiona la empresa bajo su propia responsabilidad con el objetivo de la creación sostenible de valor y en interés de la empresa, tomando, por tanto, en consideración los intereses de socios, empleados y otros *stakeholders* [«*Der Vorstand leitet das Unternehmen mit dem Ziel nachhaltiger Wertschöpfung in eigener Verantwortung und im Unternehmensinteresse, also unter Berücksichtigung der Belange der Aktionäre, seiner Arbeitnehmer und der sonstigen dem Unternehmen verbundenen Gruppen (Stakeholder)*»]. Según los redactores del código, con esta modificación se pretendía aclarar la obligación de la Dirección y del consejo de vigilancia de garantizar la existencia de la empresa así como una sostenida creación de valor de conformidad con los principios de la economía social de mercado, entendiéndose tal como el *interés de la empresa* [«*Der Kodex verdeutlicht die Verpflichtung von Vorstand und Aufsichtsrat, im Einklang mit den Prinzipien der sozialen Marktwirtschaft für den Bestand des Unternehmens und seine nachhaltige Wertschöpfung zu sorgen (Unternehmensinteresse)*»]. La modificación realizada en la versión de 2010 es de mera reordenación de los incisos que componen la norma y no altera su contenido. En definitiva, ello implica que la Dirección debe perseguir los intereses de la empresa y no sólo los de los accionistas. El código se ha convertido en la referencia del *Unternehmensinteresse* en Alemania (RINGLEB, H.M., «*Leitung des Unternehmens (Kodex 4.1.1)*», en RINGLEB, H.M./KREMER, T./LUTTER, M./V. WERDER, A., *Kommentar zum Deutschen Corporate Governance Kodex*, C.H. Beck, München, 2003, p. 134).

³⁰⁶ Ciertamente la tesis contractualista se ha manifestado como mayoritaria, lo que, probablemente, desincentive el desarrollo de mecanismos de *enforcement* de un interés de carácter institucional.

³⁰⁷ Ya apuntaba tal limitación ESTEBAN VELASCO, G., *El poder de decisión...*, cit., p. 585. Consideraba el citado autor que la efectividad de esta interpretación se limitaba a servir como defensa ante una posible acción de responsabilidad de administradores ejercitada por los accionistas por lesión del interés social, fundamentada en la defensa del interés de estos «otros grupos» (ESTEBAN VELASCO, G., «Interés social...», cit., pp. 52-54); también EMBID IRUJO, J.M., «La responsabilidad social...», cit., p. 28. Contra, SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, J., «Creación de valor...», cit., p. 906.

La relevancia de esta cuestión, desde el punto de vista de nuestro estudio, se plantea cuando las decisiones de los administradores afectan desfavorablemente a intereses ajenos a los de los accionistas (v. gr., los acreedores). En este sentido, defendiendo estrictamente la tesis contraccualista mayoritaria, habrá que considerar que el interés social no comprende el de aquellos terceros ajenos a la sociedad y, por tanto, la repercusión que las decisiones de gestión tengan en los intereses de terceros no debe influir en el juicio del administrador. En consecuencia, los instrumentos de que disponen los «no socios» serán los propios de la relación –comúnmente, jurídico-privada- que les vincule con la sociedad, pero esta protección no ha de tener, en principio, carácter societario³⁰⁸.

2. Crisis e interés social

2.1. Introducción

La concreción de los intereses que los administradores deben promover –que es tanto como determinar los beneficiarios de la gestión social- facilita la interpretación del estatuto de deberes de los administradores y concede seguridad a los criterios en que se fundamente la imputación de responsabilidad por incumplimiento de dichos deberes. Y, aunque esta premisa no varíe en presencia de dificultades financieras, la crisis sí modifica el contexto fáctico en que los gestores desarrollan su actividad influyendo, inevitablemente, en el desempeño de su rol en la empresa³⁰⁹. En el marco de este

Para HERNANDO CEBRIÁ, L., «El interés social...», *cit.*, pp. 102-103, la legitimación activa subsidiaria de los acreedores para el ejercicio de la acción social representa un mecanismo para que puedan actuar en defensa del interés de la sociedad”.

³⁰⁸ Por todos, ALFARO, J., *Interés social...*, *cit.*, pp. 63-66. En especial, *vid.* nota 95, pp. 65-66, en la que el autor desarrolla lo que denomina «problemas de la contratación incompleta con los acreedores». En síntesis, considera que la protección de los acreedores debe fundamentarse en la redacción de contratos detallados y orientados a prevenir y sancionar conductas oportunistas por parte de los administradores.

Se ha criticado de esta teoría la rigidez de la distinción que establece entre sociedad y empresa, extirpando del interés social toda cuestión empresarial ajena al interés del conjunto de los accionistas (ESTEBAN VELASCO, G., «Interés social...», *cit.*, p. 33). A este respecto, resulta interesante reproducir aquí la opinión del prof. SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, J., «Creación de valor...», *cit.*, p. 882, donde comenta: «También puede motivar alguna duda el hecho de que la definición del interés social acogida entre nosotros por el citado Informe Olivencia, no esté sino reproduciendo una construcción propia de otros sistemas jurídicos, lo que de inmediato obliga a examinar en qué medida los principios legislativos vigentes en ellos se reproducen en el español. (...) Es igualmente notorio que el origen de esa noción radica en el mercado norteamericano, en el que la regla general ha sido la exclusiva atención hacia los intereses de los accionistas en detrimento de los stakeholders».

³⁰⁹ Recuerda MORILLAS JARILLO, M.J., «El problema de la determinación...», *cit.*, pp. 120-121, que el órgano de administración, en el desempeño de sus funciones, «debe adaptarse a la situación de la sociedad administrada».

trabajo, la crisis plantea una pregunta específica, ya apuntada al inicio de este capítulo: si ante la concurrencia de una circunstancia «ambiental» determinada, para nosotros, la crisis empresarial, se puede defender una modificación de los beneficiarios de la gestión de los administradores como gestión dirigida a la consecución del interés social.

Se ha dicho en el apartado anterior que la interpretación que la doctrina mayoritariamente realiza de la cláusula del interés social contenida actualmente en el artículo 227.1 LSC –con las matizaciones que puedan al respecto existir- está, en mayor o menor medida, en línea con lo establecido en el primer párrafo de la recomendación 7 del CUBG, es decir, con el «hacer máximo, de forma sostenida, el valor económico de la empresa». Sin embargo, precisamente el segundo párrafo de la recomendación séptima insta al Consejo a que «vele asimismo para que en sus relaciones con los grupos de interés (*stakeholders*) la empresa respete las leyes y reglamentos; cumpla de buena fe sus obligaciones y contratos; respete los usos y buenas prácticas de los sectores y territorios donde ejerza su actividad; y observe aquellos principios adicionales de responsabilidad social que hubiera aceptado voluntariamente»³¹⁰. En principio, no haría falta que mediante una recomendación se recuerde al Consejo que debe velar porque la sociedad respete las normas en su relación con terceros ni que cumpla sus obligaciones y contratos de buena fe, lo que ya establece nuestro ordenamiento jurídico³¹¹. Tampoco debería hacer falta recordar la observancia de los compromisos adicionales de

³¹⁰ En el segundo párrafo del comentario previo a la recomendación 7 se establece, en relación con este segundo párrafo: «Nada de esto significa que los intereses de los accionistas hayan de perseguirse a cualquier precio, sin tener en cuenta los de otros grupos implicados en la empresa y los de la propia comunidad en que se ubica. El interés de los accionistas proporciona una guía de actuación que habrá de desarrollarse respetando las exigencias impuestas por el Derecho (por ejemplo, en normas fiscales o medio-ambientales); cumpliendo de buena fe las obligaciones contractuales, explícitas e implícitas, concertadas con otros interesados, como trabajadores, proveedores, acreedores o clientes; y, en general, observando aquellos principios de responsabilidad social que la compañía haya considerado razonable adoptar para una responsable conducción de los negocios». Según ESTEBAN VELASCO, G., «Responsabilidad social corporativa...», *cit.*, p. 304, en esta recomendación «la RSE no es mera estrategia comercial, sino una inversión estratégica que se debe insertar en el núcleo de la política empresarial que incumbe al Consejo de administración». Tanto el comentario como la recomendación recuerdan al llamado «*enlightened shareholder value*» establecido en la s. 172 (1) de *Companies Act 2006*, al que ya nos hemos referido al inicio de este capítulo.

³¹¹ Recordando lo que ya establecía la doctrina antes de que la Ley lo reconociera, RIBAS, V., «Comentario al artículo 226», en ROJO, A./BELTRÁN, E. (dirs.), *Comentario de la Ley de Sociedades de Capital*, T. I, Civitas, Navarra, 2011, p. 1626, en relación con el último inciso del anterior 226 «y cumplirán los deberes impuestos por las leyes y los estatutos»: «En otros términos, cabría decir que el administrador debe compatibilizar el interés de la sociedad con el cumplimiento de las obligaciones de las leyes que protegen intereses públicos y privados y que no puede desconocer. En este sentido, el interés de la sociedad no puede justificar el incumplimiento de normas legales».

responsabilidad social que la empresa hubiera voluntariamente asumido³¹². ¿Por qué se dispone, entonces? Desde una óptica contractualista, simplificando, se podría decir que la mención responde a que el establecimiento de políticas de respeto de los intereses de los distintos grupos es una *buena estrategia comercial*. Sin embargo, desde nuestro punto de vista, esta especie de *recordatorio* de la existencia de otros grupos interesados en el devenir societario podría pretender compensar el riesgo de que, en determinadas circunstancias, el administrador pueda encontrar en la cláusula del interés social entendida como cláusula de creación de valor para el socio una suerte de «cheque en blanco» en que ampararse en la realización de conductas que, aunque *a priori* beneficiosas para el socio, pudieran resultar excesivamente gravosas para terceros vinculados con la sociedad. Que la crisis es el contexto fáctico idóneo para la aparición de este tipo de incentivos no plantea dudas³¹³. Cuestión distinta es qué herramientas ofrece nuestro ordenamiento jurídico para la solución de tal riesgo.

2.2. Tutela de acreedores y cambio de deberes

A lo largo de este Capítulo se ha dicho que cuando la sociedad entra en crisis el interés de los socios tiende a desaparecer mientras que los acreedores se convierten en los *residual claimants* del valor de la sociedad. Como se ha expuesto anteriormente, ello ha valido como argumento para defender la modificación de los sujetos beneficiarios del interés social en el contexto de la crisis empresarial. Si el interés de los acreedores pasa a ocupar la posición del interés de los socios parece que «se resuelva el problema». Sin embargo, hay que ser cautelosos y no caer en el error de ofrecer soluciones que, aunque bienintencionadas, añadan inseguridad jurídica a la interpretación que nuestros operadores hagan del ordenamiento³¹⁴.

³¹² Si la voluntad societaria se manifiesta a favor de la asunción de compromisos de responsabilidad social corporativa, la propia defensa del interés social por parte de los administradores exige el cumplimiento de los compromisos adquiridos, lo que, además, probablemente se considere que produzca efectos económicos positivos en el medio-largo plazo. Cuestión distinta es poder defender que los terceros tengan derecho alguno a exigir el cumplimiento de los compromisos voluntariamente asumidos por la sociedad. Al respecto de la «relevancia jurídica de las declaraciones voluntarias» y su «exigibilidad por las partes interesadas o afectadas» en el ámbito de la responsabilidad social corporativa, ESTEBAN VELASCO, G., «Responsabilidad social corporativa...», *cit.*, pp. 290-294.

³¹³ En nuestra doctrina, expresamente al respecto de los llamados «incentivos perversos», por ejemplo, BERMEJO GUTIÉRREZ, N./RODRÍGUEZ PINEAU, E., *op. cit.*, p. 6; ALONSO LEDESMA, C., «Derecho de sociedades vs. Derecho concursal...», *cit.*, pp. 78-79.

³¹⁴ Se hacía eco de cómo esta «frustración» afecta a la interpretación del interés social SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, J., «El interés social...», *cit.*, p. 1661, cuando manifestaba: «ante la insatisfacción que supone

Desde nuestro punto de vista, dejando por un momento al margen todos los problemas prácticos que plantea, debería reconocerse la primacía del interés del acreedor en el contexto de la crisis. Sin embargo, precisamente por la compleja aplicación en la práctica de este principio, debemos, en primer lugar, comprobar si nuestro Derecho positivo contiene ya herramientas suficientes para proteger a los terceros – concretamente en este trabajo, los acreedores sociales- ante posibles lesiones patrimoniales que tengan su origen, precisamente, en el conflicto existente entre el interés de los socios y el de los acreedores en el contexto de la crisis. En concreto, es necesario detenerse en analizar la coordinación –en qué medida existe, qué conflictos plantea- entre los institutos de Derecho societario y Derecho concursal³¹⁵. Especialmente, si el Derecho concursal es la sede en que dicha tutela ha de otorgarse, y, por tanto, resultan innecesarias instituciones con tal finalidad en la normativa societaria, y, en consecuencia, interpretaciones alternativas de la cláusula del interés social en la crisis³¹⁶.

El recurso a las instituciones ya existentes, aunque revisitadas desde la óptica de tutela de acreedores aquí planteada, ofrece una solución relativamente segura al operador jurídico. Ahora bien, esta *reinterpretación* de estructuras ya existentes, siempre va a exigir una toma de posición al respecto de si la crisis debe o no afectar al contenido del interés social como elemento delimitador de la discrecionalidad gestora. Recapitulando, la doctrina, de manera mayoritaria, considera que no existe modulación, o, dicho de otra manera, que no existe un deber específico de tener en consideración los intereses de los acreedores siempre y cuando no nos encontremos en el ámbito de aplicación del Derecho concursal, a pesar del estado de crisis en que se pueda encontrar la sociedad, no produciéndose, por tanto, modificaciones tampoco en la interpretación del contenido de la cláusula del interés social³¹⁷. De manera más limitada, aún sin defender un cambio

la afirmación de que el interés social debe ser entendido como el interés común y exclusivo de los accionistas, aparece la referencia de otros grupos de intereses o rescatando el que pretende ser un concepto de más amplio alcance: el interés de la empresa».

³¹⁵ Sobre la necesaria coordinación entre estos dos sectores normativos, ALONSO LEDESMA, C., «Derecho de sociedades vs. Derecho concursal...», *cit.*, pp. 74-99, esp. p. 74: «Hasta ahora [2011] estas ramas del ordenamiento se han mantenido, en buena medida, de espaldas una de la otra pero, con la crisis, la necesaria conexión entre ambas se ha hecho cada vez más necesaria, de forma que no subsistan como islas independientes sin puentes entre ellas sino, contrariamente, bien comunicadas y sin duplicidades».

³¹⁶ Destacando la trascendencia de la elección, especialmente desde el punto de vista comunitario, ALONSO LEDESMA, C., «Derecho de sociedades vs. Derecho concursal...», *cit.*, p. 77.

³¹⁷ Aunque no dejan de establecer matizaciones cuando concurren determinadas circunstancias, MIOLA, M., «Tutela de los acreedores...», *cit.*, pp. 64-65, quien defiende el deber de los administradores es el de

total de beneficiarios de los deberes fiduciarios, esta interpretación ha sido también matizada³¹⁸.

Tradicionalmente se ha entendido que la idea de que el interés social aglutine el de los acreedores en el contexto de la crisis exige la aceptación de la interpretación pluralista del interés social. Pero quizás el posicionamiento sea innecesario. Si se admite que el interés social se identifica con el interés de los socios, y el interés de los socios se identifica con la maximización del valor de la acción, decir que los administradores han de gestionar con fidelidad al interés social es lo mismo que decir que los administradores han de gestionar con la finalidad de maximizar el valor de la acción.

Ahora bien, cuando la sociedad está en crisis y el valor de la acción -en términos reales- es o tiende a cero, la maximización del valor de la acción exige, necesariamente, la minimización del valor de la deuda. Por tanto, gestionar la sociedad con respeto al

maximizar el valor de la acción siempre y cuando no se produzcan distribuciones indebidas del patrimonio de la sociedad [«(...) también en proximidad a la insolvencia, el deber de los administradores consiste en maximizar el valor de la empresa, deber que decae sólo cuando, a través de la continuación de la actividad, se lleve a cabo, en sentido inverso, una distribución de valores. En consecuencia, la valoración acerca de la corrección de las decisiones de gestión de los administradores, también en esta circunstancia, se llevará a cabo sin tener en cuenta, en principio, la tutela de los acreedores, sino qué decisiones de gestión se corresponden con el interés social»]; preocupada por las dificultades de determinación del momento en que surgiría el deber y la influencia en la gestión de los administradores, ALONSO LEDESMA, C., «Derecho de sociedades vs. Derecho concursal...», *cit.*, pp. 90-92 [«Desde una perspectiva general no parece, por tanto, que el establecimiento de un deber específico de los administradores frente a los acreedores resulte especialmente necesario o útil ya que, al margen de las dificultades para discernir el momento en que ese deber debería surgir (...) no cabe duda de que su implantación restringiría la libertad de acción de los administradores en su labor de gestionar la sociedad impidiendo llevar a cabo planes de reestructuración o de saneamiento que permitieran a la sociedad remontar la situación de crisis»)].

³¹⁸ MARÍN DE LA BÁRCENA GARCIMARTÍN, F., «El concepto de interés social como fin de la actividad gestora en la proximidad a la insolvencia», en AAVV, *Gobierno Corporativo y Crisis Empresariales (II Seminario Harvard-Complutense de Derecho Mercantil)*, Marcial Pons, Madrid, 2006, pp. 270-275, propone una interpretación del interés social como *fin de la actividad gestora* [«(...) podría defenderse una concepción del interés social que permitiese identificarlo con el del interés del grupo de personas que esté más afectado por la decisión de los administradores en el momento de adoptarse ésta, dadas las circunstancias concurrentes y desde una ponderación justa de los intereses en juego»]. SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, J., «Crisis económica y gobierno corporativo», *RDM*, 287/2013, pp. 68-69, a pesar de reconocer la «primacía del interés de los accionistas», entiende que «no cabe duda que en un entorno económico negativo los administradores tomarán en consideración la demanda a favor de la protección de otros intereses o grupos de intereses vinculados con la marcha de la sociedad». Ídem, vinculando la posible existencia de un cambio de beneficiarios a la existencia de un deber de conservación de la masa ante la previsibilidad del inicio de un procedimiento concursal, SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, J., «Apuntes sobre las obligaciones...», *cit.*, pp. 983-984 («Los administradores están obligados a evitar el concurso, pero, también, a prever que la iniciación del procedimiento concursal se afronte en las mejores condiciones. Pues bien, es con vistas a ese escenario concursal con respecto al que debe aceptarse el cambio de referencia que ampare la adopción por los administradores de las medidas más efectivas con vistas a la mejor gestión y conservación del patrimonio de la sociedad, pensando en su mejor utilidad futura con vistas al pago de la masa pasiva. Ese cambio de enfoque o criterio, razonable en la fase preconcursal, reclama en primer lugar el respaldo de los accionistas, de quienes depende, en último término, la propia continuidad de los administradores o su sustitución»).

interés social exigiría gestionar la sociedad en el corto plazo en interés de los acreedores, administrándola así en interés de los socios, pero en el largo plazo³¹⁹.

En nuestra opinión, nos encontramos ante un *único interés social observado con dos prismas distintos*. El prisma de la bonanza empresarial permite ver el interés de los socios en el primer plano. Sin embargo, la crisis, obliga a observar como prioritarios los intereses de los acreedores. Los intereses de los socios siguen siendo los principalmente relevantes, aunque en este momento se encuentren en un segundo plano. En realidad, no se trata de planos, sino de corto o largo plazo. La defensa del interés social como interés de los socios exige, en momentos de crisis (es decir, en el corto plazo), la defensa de intereses distintos a aquél.

En este contexto, la discrecionalidad gestora estaría limitada a la posibilidad de afectación relevante de la capacidad de la sociedad de hacer frente a sus obligaciones, en línea con lo expuesto en relación con la insolvencia contingente. El «tener en consideración el interés de los acreedores» como posibilidad o recomendación adquiriría la naturaleza de exigencia en el momento en que se afectara o razonablemente se pudiera predecir que se va a afectar el patrimonio de responsabilidad de que disponen los acreedores.

En definitiva, la defensa del interés de los acreedores no exigiría tener que posicionarse en este debate, contractualista o pluralista, del interés social. Siendo el interés social sólo uno, nos encontraríamos, en realidad, ante la necesidad de solventar el conflicto de interés que surge entre socios y acreedores a la hora de planificar el retorno de la inversión de cada uno de ellos.

Esta interpretación del interés social en la crisis empresarial debe servir de fundamento interpretativo en la construcción de un régimen de responsabilidad de los administradores de sociedades en situación de crisis, aunque siendo especialmente cuidadosos de no arrojar más inseguridad al operador jurídico. Como se ha expuesto, es francamente difícil determinar en la práctica cuándo surge el deber de gestionar en interés de los acreedores, complicación que habría que sumar a la de determinar cómo debe de comportarse un administrador diligente constante una situación de crisis.

³¹⁹ Referido al ámbito de la RSC, sobre la gestión en el corto plazo en interés de los *stakeholders* como creación del valor en el largo plazo para los socios, ESTEBAN VELASCO, G., «Responsabilidad social corporativa...», *cit.*, p. 301.

Guiados por la interpretación de la cláusula del interés social aquí expuesta, a lo largo de la Parte Segunda de esta tesis se analizarán los sistemas de responsabilidad de administradores que presentan los diferentes sectores normativos en liza (Derecho civil, Derecho societario, Derecho concursal), tratando de destacar las conexiones y conflictos existentes entre ambos desde la óptica de la tutela de acreedores para, en la medida de lo posible, determinar cuáles son los instrumentos idóneos para garantizar la tutela del acreedor en el contexto de la crisis empresarial.

*3. El interés concursal como ulterior fundamento para la defensa del interés de los acreedores en el periodo de proximidad a la insolvencia*³²⁰

3.1. Concepto de interés concursal y finalidad del concurso

Se ha definido el interés concursal como aquel «concepto jurídico complejo en el que se engloban, ordenados, todos los intereses subjetivos implicados en la insolvencia del deudor en el tráfico», siendo, precisamente, la finalidad de la legislación concursal la consecución de este interés del concurso³²¹; consecución que exige la solución de los conflictos existentes entre los intereses concurrentes en el procedimiento. En síntesis, el interés del concurso es la finalidad a la que sirve el procedimiento y que se concreta en las soluciones que prevé el legislador a los múltiples conflictos de interés que surgen entre los distintos grupos de participantes en el proceso concursal³²².

³²⁰ Para la elaboración de este apartado se ha recurrido especialmente al trabajo realizado por el prof. TIRADO MARTÍ, I., «Reflexiones sobre el concepto de “interés concursal” (Ideas para la construcción de una teoría sobre la finalidad del concurso de acreedores)», *ADC*, III/2009, pp. 1055-1107, donde remitimos al lector interesado en un exhaustivo y meditado estudio sobre el concepto de interés concursal.

³²¹ Para una relación detallada de las menciones en el articulado de la LC al «interés del concurso», *vid.* SERRA RODRÍGUEZ, A., «El “interés del concurso” en la Ley 22/2003, de 11 de julio, Concursal», en AAVV, *La dialettica degli interessi nella disciplina delle società per azioni*, Quaderni del Dipartimento di Diritto ed Economia, Facoltà di Economia - SUN, Jovene editore, Napoli, 2011, pp. 447-448.

³²² TIRADO MARTÍ, I., *op. cit.*, pp. 1066-1067. Para la construcción del concepto en Derecho comparado, *ibidem*, pp. 1080-1082.

Sobre la elección terminológica, *vid.*, TIRADO MARTÍ, I., *op. cit.*, p. 1062, nota 8, quien no comparte la opinión manifestada por GONZÁLEZ BILBAO, E., «Identificación de los “intereses concurrentes” y del “interés del concurso” en la nueva Ley Concursal» *RDBB*, 94/2004, pp. 169-170. Distingue este último autor entre «interés del concurso» e «intereses concurrentes en el concurso». Según manifiesta: «El primero se determina por el objeto que preside cada fase del concurso, según se trate de fase común, de convenio o de liquidación. El segundo exige contemplar los intereses presentes y dignos de tutela en atención a la situación empresarial del deudor y seguir la priorización que ordena la Ley Concursal al respecto».

Siendo esto así, la siguiente pregunta que se debe plantear en esta sede es cuáles son específicamente estos *intereses subjetivos concurrentes* y cuál de ellos prima el legislador, para preguntarnos posteriormente si los motivos que conducen a anteponer el interés de unos partícipes en el proceso al de otros se puede –*rectius*, se debe- extender al periodo de proximidad a la insolvencia.

La doctrina entiende de manera mayoritaria que la satisfacción de los acreedores es el *fin esencial del concurso*, siendo, por tanto, el interés preponderante entre los intereses concurrentes: «[c]uando [el deudor] entra en un estado de crisis económica general y no puede responder ante la pluralidad de sus acreedores se arbitra legalmente un proceso colectivo que constituye un mecanismo de reparto de pérdidas, desde la perspectiva de los titulares de créditos contra el insolvente, y un procedimiento pensado para la realización de su patrimonio, desde la posición del concursado»³²³.

3.2. El interés del concurso como herramienta preconcursal de tutela de acreedores

Nos detenemos en esta cuestión, porque, a nuestro entender, el conflicto de intereses que se produce entre todos los grupos con expectativas de cobro en el procedimiento

³²³ El entrecomillado, de nuevo, es de TIRADO MARTÍ, I., *op. cit.*, p. 1084. Al respecto, resulta interesante la puntualización que realiza el autor en la obra citada, p. 1082: «el “interés el concurso” engloba, exclusivamente, intereses subjetivos. Es decir, la finalidad del procedimiento concursal consiste en tutelar la esfera jurídica de personas determinadas, no en la plasmación práctica de vicisitudes de la empresa deudora». Ello no se contrapone (ibídem, pp. 1086-1087) con que la LC tutele, de manera secundaria, intereses distintos al de la estricta satisfacción de los acreedores, como son los intereses patrimoniales del propio concursado o la protección del interés público.

Además de la referencia a la función solutoria como finalidad del concurso contenida en la propia Exposición de Motivos (II), son numerosas las menciones al respecto de la función solutoria del concurso en nuestra doctrina concursal, por lo que nos limitamos a referir una muestra. Así, ROJO FERNÁNDEZ-RÍO, A., Capítulo 91, en URÍA, R./MENÉNDEZ, A., *Curso de Derecho Mercantil*, T. II, 2ª ed., Thomson-Civitas, Navarra, 2006, pp. 901-902, quien destaca que, aunque «la función solutoria se quiere cohonestar con la continuación del ejercicio de la actividad profesional o empresarial que viniera ejerciendo el deudor (...) la Ley tiene muy claro que esa continuidad en modo alguno puede suponer la disminución de la masa con la que satisfacer a los acreedores». En la misma línea, GONDRA ROMERO, J.M., «Convenio y reorganización en la nueva Ley Concursal a la luz de los modelos de referencia de la experiencia histórico-comparada», en AAVV, *Estudios sobre la Ley Concursal. Libro Homenaje a Manuel Olivencia*, T. IV, Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 2005, pp. 4596-4597 («la finalidad última del nuevo procedimiento no puede ser otra que la satisfacción de los acreedores»). También, DE LA CUESTA RUTE, J.Mª., «El convenio concursal y la conservación de la empresa» en AAVV, *Estudios sobre la Ley Concursal. Libro Homenaje a Manuel Olivencia*, T. IV, Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 2005, pp. 4484-4485. Existen también voces que consideran que la finalidad del concurso no se limita a la función solutoria. Para MORILLAS JARILLO, M.J., «El problema de la determinación...», *cit.*, dos son las finalidades del concurso: la conservación y saneamiento de las empresas y la satisfacción a los acreedores. En opinión de HERNANDO CEBRIÁ, L., «El interés social...», *cit.*, pp. 103-104, en el concurso «todavía se mantiene incólume el aludido “interés de la empresa”, como principio general tendente a la conservación de la unidad».

concursal ante las decisiones de la administración concursal que entrañen la asunción de algún tipo de riesgo para la masa activa es similar al existente en el periodo de crisis empresarial preconcursal³²⁴. Este conflicto se concreta en que a mayor posibilidad actual de cobro, mayor es la aversión al riesgo gestor, y viceversa. El motivo por el que surge y, en consecuencia, la necesidad del legislador –o, en su defecto, del intérprete– de ofrecer un criterio para su resolución es común a los estadios de crisis preconcursal (aunque en esta fase puede que la imposibilidad aún no se haya materializado): la insuficiencia del patrimonio para hacer frente a todas las obligaciones del deudor.

En el ámbito concursal se ha defendido, y parece razonable, que «la administración concursal, a la hora de decidir si lleva a cabo determinada actuación, *deberá valorar el riesgo como si todos los acreedores fuesen a beneficiarse o a ser perjudicados por igual*. Habrá, pues, de aplicar un nivel de riesgo acorde con la situación, pero sin reducir ni aumentar el nivel medio exigible a los gestores concursales por el hecho de beneficiar a una o a otra clase de acreedores»³²⁵.

Por tanto, si en el ámbito del concurso la administración concursal puede y debe perseguir el interés común de todos los acreedores como si fueran uno solo –lo cual no deja de ser lo mismo que tratar de gestionar la sociedad para conseguir la máxima satisfacción de los acreedores–, de la misma manera se podría defender en el contexto preconcursal la capacidad y el deber de los administradores societarios de perseguir la maximización del valor de la sociedad *sin tener en cuenta intereses ni incentivos distintos a los societarios en abstracto*, dejando al margen cualquier interés subjetivo de cualquier grupo distinto al interés de la sociedad³²⁶. A fin de cuentas, es tanto en interés

³²⁴ A este respecto, dice TIRADO MARTÍ, I., *op. cit.*, p. 1089: «Por ello aquellos acreedores que se encuentren entre los primeros en la escala de pago (...) o en la recepción del dividendo (...) tendrán un mayor interés en una administración especialmente conservadora. Por el contrario, los titulares de créditos situados en lo más bajo del “escalafón” preferirán la adopción de políticas administrativas arriesgadas que aumenten su expectativa de cobrar algo. En el primer caso, los acreedores no tienen nada que ganar y, en el segundo, nada que perder». En definitiva, a inferior posición en la prelación de créditos, mayor predisposición al riesgo. Y ello porque las expectativas de cobro, *ab initio*, son menores si se mantiene el *status quo* patrimonial. De igual manera que sucede con los socios en relación con los acreedores en la situación preconcursal.

³²⁵ TIRADO MARTÍ, I., *op. cit.*, pp. 1089-1091, matiza las diferencias, en las que no podemos detenernos, entre el conflicto entre distintas clases de acreedores concursales y el conflicto entre acreedores concursales y acreedores de la masa. Vinculando esta cuestión con el interés del concurso, BERMEJO GUTIÉRREZ, N./RODRÍGUEZ PINEAU, E., *op. cit.*, pp. 6-7 [«el objetivo central del concurso [es] que los acreedores exploten el patrimonio insolvente como un (sic) si fueran un único dueño al objeto de maximizar el valor y, con ello, maximizar el valor conjunto de sus créditos»].

³²⁶ Debemos en esta hipótesis dejar al margen los problemas propios de la determinación del estado de crisis.

del socio como del acreedor que se tomen las decisiones de gestión más razonables, o, al menos, ese debería ser el interés de ambos en el medio-largo plazo³²⁷. Cuestión distinta es cómo se fiscaliza o enjuicia *ex post* la falta de defensa de ese interés social, por decirlo de alguna manera, *desinteresado*.

Pero, además, si, como se ha expuesto, en determinadas situaciones de crisis empresarial preconcursal el interés de los socios tiende a desaparecer, restando sólo el interés de los acreedores –suponiendo, para este trabajo, que se trata de un grupo homogéneo–, ¿por qué el interés legalmente primado habría de ser distinto en el escenario concursal que en el preconcursal?³²⁸ Podemos respondernos diciendo que es el legislador el que ha determinado, probablemente en pro de la seguridad jurídica tan referida en este Capítulo, cuándo el interés de los acreedores se antepone: en el proceso concursal. Si esta es la decisión del legislador, es indiscutible su aplicación. Ello no impide, sin embargo que destaquemos la diferencia entre lo que *efectivamente la Ley puede y, por tanto, debe exigir* y lo que *sería deseable que la Ley pudiera exigir*. En este sentido, consideramos que lo deseable sería que, al menos cuando la situación de crisis fuera de tal intensidad que la composición de intereses concurrentes resultara equiparable a la presente en el proceso concursal, los intereses primados fueran los mismos que en el proceso concursal. Ahora bien, como repetidamente se han señalado en otras partes de este Capítulo, sería necesario corregir los problemas de aplicación que se plantearían en la práctica.

³²⁷ Como ya manifestamos, estamos convencidos de que el conflicto que se produce entre socio y acreedor se produce sólo en el corto plazo. En el largo plazo el interés de ambos es el mismo: rentabilizar al máximo la decisión económica que les condujo a vincularse con la sociedad.

³²⁸ Sobre la resolución del conflicto entre el deudor (o, en el contexto empresarial, sus socios) y los acreedores en beneficio de estos segundos, con motivación similar a la que esgrimimos para la fase preconcursal (primacía de la titularidad económica sobre la titularidad jurídica), TIRADO MARTÍ, I., *op. cit.*, pp. 1096-1098.

CAPÍTULO III. EL ESTÁNDAR DE ADMINISTRACIÓN DILIGENTE EN LA CRISIS EMPRESARIAL

A. Introducción

El estudio de la responsabilidad de administradores hacia terceros en el contexto de la crisis –responsabilidad que, en tanto responsabilidad extracontractual³²⁹, se fundamenta en la concurrencia de los presupuestos de ésta última: la antijuridicidad de la conducta³³⁰, la imputación subjetiva a título de dolo o culpa³³¹ y la relación de causalidad entre la conducta (objetivamente imputable) y el daño producido³³²- ha de iniciarse por la determinación de aquéllas conductas (activas u omisivas) que, en el ejercicio del cargo de administración, han de considerarse antijurídicas.

En términos generales, la antijuridicidad de la conducta viene determinada, como dispone la norma del 236.1 LSC, por el incumplimiento de la ley, los estatutos o los

³²⁹ Sobre el fundamento de la responsabilidad por daños, LARENZ, K./CANARIS, C-W., *Lehrbuch des Schuldrechts*, Band II/2, Besonderer Teil, 13. Auflage, Beck, München, 1994, pp. 360-361.

³³⁰ En contra de la exigencia de la antijuridicidad como elemento de la responsabilidad civil extracontractual, PANTALEÓN, F., «De las obligaciones que nacen de la culpa o negligencia. Comentario al art. 1902», en PAZ-ARES, C./DÍEZ-PICAZO, L./BERCOVITZ, R./SALVADOR CODERCH, P. (dir.), *Comentario del Código Civil*, T. II, Secretaría General Técnica, Centro de Publicaciones, Madrid, 1991, pp. 1993-1995.

³³¹ En relación con la imputación subjetiva, recordaba, por ejemplo, MARÍN DE LA BÁRCENA GARCIMARTÍN, F., *La acción individual de responsabilidad frente a los administradores de sociedades de capital (art. 135 LSA)*, Marcial Pons, Madrid, 2005, p. 186, que aunque la culpa (dolo/negligencia) no apareciera en los derogados arts. 133 LSA ni 236 LSC, su concurrencia se presumía *iuris tantum*. La actual redacción del art. 236.1 I LSC establece que «[l]os administradores responderán frente a la sociedad, frente a los socios y frente a los acreedores sociales, del daño que causen por actos y omisiones contrarios a la ley o a los estatutos o por los realizados incumpliendo los deberes inherentes al desempeño del cargo, siempre y cuando haya intervenido dolo o culpa». Y establece el segundo párrafo (art. 236.1 II) que «[l]a culpabilidad se presumirá, salvo prueba en contrario, cuando el acto sea contrario a la ley o a los estatutos sociales», excluyendo expresamente del ámbito de la presunción el incumplimiento de los deberes inherentes al desempeño del cargo». Por su parte, la reforma proyectada establecía que «[l]a culpabilidad se presumirá una vez se haya probado la ilicitud de la conducta» (cfr. Proyecto de Ley por la que se modifica la Ley de Sociedades de Capital para la mejora del gobierno corporativo). Debe entenderse, tras la reforma legislativa, que en el supuesto del incumplimiento por parte de los administradores de los denominados *deberes inherentes al desempeño del cargo* la culpabilidad no se presumirá, debiendo ser probada por la parte que la alegue. De la coordinación de esta norma con el nuevo art. 226 LSC debe concluirse una orientación legislativa tendente a la *indulgencia con las infracciones del deber de diligencia*.

³³² En cuanto a la imputación objetiva, es necesario tener en cuenta el *fin de protección de la norma fundamentadora de la responsabilidad*: sólo son objetivamente imputables el tipo de daños que la norma trata de evitar [cfr. PANTALEÓN, F., «De las obligaciones que nacen de la culpa o negligencia. Comentario al art. 1902», *cit.*, pp. 1986-1987].

deberes inherentes al desempeño del cargo³³³. Sin embargo, teniendo en cuenta la finalidad de esta investigación, nuestro estudio se limitará a aquellos deberes que consideramos tienen una especial trascendencia a la hora de predetermined cuál ha de ser el comportamiento exigible a los administradores que gestionan una sociedad en situación de crisis empresarial y que específicamente afecten a terceros.

Pues bien, en esta línea de trabajo, previamente al estudio de los deberes que específicamente en relación con la gestión de situaciones de crisis empresarial legalmente se establezcan³³⁴, se considera necesario terminar esta Parte Primera analizando las *modulaciones* que, entendemos, se producen en el deber general de diligencia del administrador en el contexto de dificultades económicas, por tanto, *en su plano objetivo*³³⁵.

³³³ A estos deberes «legales» hay que añadir los que establezcan los reglamentos del régimen interno del Consejo de Administración, en tanto dispongan obligaciones vinculantes para los administradores, y los acuerdos válidos de la Junta General, cuando resulten suficientes, según la materia, para constituir «fuente de la obligación de administrar». Así, QUIJANO GONZÁLEZ, J., «Responsabilidad de los consejeros», en ESTEBAN VELASCO, G. (coord.), *El gobierno de las sociedades cotizadas*, Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 1999, pp. 544-545. En el mismo sentido, recientemente, MEGÍAS LÓPEZ, J., *El consejero independiente...*, cit., pp. 698-699.

³³⁴ *Infra*, Parte Segunda.

³³⁵ El concepto de diligencia en la obligación civil, que se manifiesta referido tanto a actividades concretas como al modelo abstracto de diligencia del buen padre de familia (asimilable al estándar del ordenado empresario, en la órbita mercantil), puede entenderse en un doble sentido: «Subjetivo, como predisposición psicológica, tensión de voluntad, esfuerzo, atención, cuidado, etc., en orden a la conservación o promoción de los intereses ajenos del acreedor. O bien, en sentido objetivo, como conducta materialmente identificable». Desde el punto de vista objetivo, la diligencia es una «mera indicación o proposición formal de una conducta en relación a una actividad debida (...) cuyo contenido material hay que integrar en base a un determinado modelo de comportamiento» (padre de familia). Deteniéndonos en la relación entre la diligencia y la actividad debida, la diligencia es a su vez «indicación de una conducta y objeto de una imposición jurídica». En el primero de los planos (conducta), la diligencia remite a la actividad que hay que realizar o con la que hay que cumplir; en el segundo de los planos (imposición jurídica) la diligencia adquiere «aspecto de propuesta jurídicamente vinculante para el deudor». También en este segundo plano tiene una doble dimensión: «De una parte, contribuye a configurar el concepto de obligación entendida no como relación acreedor-deudor, sino como deber jurídico o posición jurídica subjetiva (deuda) de la que es titular una determinada persona. La obligación no comporta como única actividad jurídicamente debida la prestación de dar, hacer o no hacer una cosa (art. 1088). Sobre el deudor pesan además otras actividades igualmente no discrecionales (...) entre las que la diligencia es la más importante. (...) De otra parte, la diligencia es un criterio de enjuiciamiento a *posteriori*, del comportamiento efectivo observado por el deudor con ocasión del cumplimiento de la obligación». En cuanto al modelo de conducta –en Derecho civil, el buen padre de familia y, por tanto, no profesional– la diligencia permite seleccionar «una o varias conductas no profesionales de entre las materialmente adecuadas». [Todos los entrecomillados son de BADOSA COLL, F., *La diligencia y la culpa del deudor en la obligación civil*, Publicaciones del Real Colegio de España, Bolonia, 1987, pp. 33-38].

En el contexto societario, la diligencia exigida al administrador en el desempeño del cargo tiene también, una naturaleza compleja. Como fuente de obligaciones, QUIJANO GONZÁLEZ, J., *La responsabilidad civil...*, cit., pp. 186-187, «el deber de diligencia expresa también la forma en que deben ser cumplidas las obligaciones puntuales que emanan de las fuentes formales (...). Pero, junto a este aspecto, el deber de diligencia puede ser considerado desde otra perspectiva (...). El deber de diligencia, además de actuar como criterio de determinación del contenido y de la forma de cumplimiento de las obligaciones

concretas, funciona también como cláusula general en materia de fuentes. Quiere ello decir que las obligaciones del administrador no se agotan en el cumplimiento diligente de lo establecido en la ley, estatutos, acuerdos, etc. El administrador está obligado a cumplir esas obligaciones, desde luego, pero también a realizar todo aquello que venga exigido por la diligencia que ha de emplear en la gestión social». En definitiva, se manifiesta una «doble perspectiva»: «diligencia como criterio sobre la forma de cumplimiento de obligaciones concretas y deber de diligencia como cláusula general en materia de fuentes a la que referir supuestos de responsabilidad que no encajan estrictamente en el incumplimiento de obligaciones legales, estatutarias, etc.».

Determinadas las obligaciones que pesan sobre el administrador, es necesario concretar cuándo su infracción le resulta *subjetivamente imputable*. Como se acaba de comentar, la presunción *iuris tantum* de culpabilidad se hace expresa, pero sólo en relación con «actos contrarios a la ley o a los estatutos sociales», lo que debe entenderse, *a sensu contrario*, una invalidación de la doctrina que entendía, con la redacción normativa anterior, que «[e]l art. 133.1 LSA, mediante una presunción *iuris tantum*, atribuye la realización del comportamiento típico a falta de diligencia promotora, por lo que es el administrador demandado quien debe probar, bien que concurrió un suceso externo que le impidió cumplir, bien que empleó la diligencia promotora (deber de cuidado interno) exigible según la naturaleza de la prestación y las circunstancias de las personas, el tiempo y el lugar (art. 1.104 CC) para situarse en posición de cumplir (...). La prueba del cumplimiento de este deber de cuidado interno (y, por tanto, de la falta de culpa-negligencia como título de imputación subjetiva) corresponde al administrador demandado» (MARÍN DE LA BÁRCENA GARCIMARTÍN, F., *La acción individual...*, cit., pp. 186-188).

Hecha la apreciación anterior, en relación con la diligencia como título de imputación subjetiva, ESTEBAN VELASCO, G., «La acción individual de responsabilidad», en ROJO, A./BELTRÁN E. (dir.), *La responsabilidad de los administradores de las sociedades mercantiles*, 5ª ed., Tirant lo Blanch, Madrid, 2013, p. 183, sostiene: «la diligencia como parámetro objetivo actúa como medida de la culpa. Doctrina y jurisprudencia coinciden en definir el nivel de diligencia exigible conforme a criterios objetivos (culpa en sentido objetivo), a partir de lo previsto para la responsabilidad contractual en el artículo 1104.1 del Código civil. Sin perjuicio de que en las obligaciones de contenido indeterminado (obligaciones de medios) la diligencia pueda cumplir la función de determinar el contenido de la prestación debida (...), aquí se contempla la falta de diligencia con la función de imputación subjetiva, siendo elementos irrelevantes a este respecto la exigencia de un determinado grado de discernimiento en el agente –la imputabilidad– y la ausencia de una situación en la que sea inexigible al autor obrar de otro modo –la inexigibilidad–. Existirá omisión de la diligencia debida cuando el perjuicio antijurídico causado era previsible (“previsibilidad”) para un buen administrador en las circunstancias del caso (en consideración del encargo asignado y, en su caso, de las competencias específicas consideradas en el acto del nombramiento) y susceptible de ser evitado («evitabilidad») con el empleo de la diligencia exigida».

Destaca el citado autor el *solapamiento* o *confusión* que, en cierto modo, se produce en el ámbito de la responsabilidad orgánica se produce entre antijuridicidad y diligencia. Al respecto, ESTEBAN VELASCO, G., «Algunas reflexiones sobre la responsabilidad de los administradores frente a los socios y terceros: acción individual y acción por no promoción o remoción de la disolución», *RdS*, 5/1995, p. 58, manifestaba: «en la medida en que se afirma que la infracción del deber general de prudencia y diligencia constituye la regla conforme a la que medir la conducta del presunto responsable, se produce un solapamiento entre la determinación de la infracción de la regla de conducta (ilicitud o antijuridicidad) y la determinación de la culpabilidad del comportamiento, que normalmente se determina conforme a la culpa/negligencia como criterio de imputación. Como sucede en relación con las obligaciones de medios la regla de la diligencia actúa en primer lugar como criterio de determinación de la conducta debida (...) en ese sentido se hace imprescindible valorar la diligencia para determinar si existe o no conducta antijurídica (...). En el caso de la responsabilidad extracontractual habrá que valorar si existe un actuar ajustado a lo que exige la diligencia según las circunstancias del caso concreto en el sector de actividad en cuestión. Normalmente la infracción se revela en la violación del contenido de la diligencia exigible al ordenado y leal administrador en las circunstancias del caso. La constatación de la infracción de la diligencia llevará consigo la verificación simultánea de la diligencia/culpa como criterio de liberación/imputación de responsabilidad».

Sobre la necesidad de distinguir antijuridicidad y culpabilidad ya se expresó QUIJANO GONZÁLEZ, J., *La responsabilidad civil...*, cit., p. 215, manifestando: «el concepto de culpa en sentido amplio que aquí manejamos forma parte de la conducta del administrador como elemento que atrae la sanción de la responsabilidad cuando se produce el perjuicio. De ahí que convenga hacer una distinción entre el juicio de ilicitud o antijuridicidad y el juicio de culpabilidad que se proyecta sobre la actitud del sujeto antes de

Podría considerarse innecesario a los efectos de nuestro trabajo detenerse en el estudio del deber de diligencia, teniendo en cuenta que, como expondremos a lo largo de este Capítulo, no sufre por encontrarse la sociedad en una situación de crisis, verdaderas modificaciones de fondo; simplemente despliega todo su efecto, exigiendo, por expresarlo de manera sencilla, una especial atención por parte del administrador. Sin embargo, consideramos necesario recalcar en la cuestión de la diligencia gestora, en primer lugar, porque resulta habitual la alegación por parte de los miembros del órgano de administración, una vez inevitable la crisis de la sociedad, de su incapacidad de realización de actuaciones preventivas o, al menos, paliativas de los efectos perniciosos de la crisis, en tanto desconocían la existencia o inminencia de la misma³³⁶. Y, precisamente, la diligencia gestora en la crisis está –de igual manera que sucede en el supuesto de sociedad *in bonis*– necesariamente relacionada con la idea de que el administrador ha de estar *suficientemente informado*. Como se expondrá, entendemos que el conocimiento del estado de crisis resulta, en general, accesible al administrador, y, en consecuencia, exigible a un administrador diligente³³⁷. Defenderemos que el conocimiento del estado de crisis activa la exigencia de lo que llamamos una *diligencia cualificada*, que no es más que la exigencia de un *especial deber de cuidado* o un *deber*

examinar las categorías concretas de culpabilidad en particular (dolo o culpa, en sentido estricto, o negligencia). También nos parecen clarificadoras las palabras de MARÍN DE LA BÁRCENA GARCIMARTÍN, F., *La acción individual...*, cit., pp. 186-187: «una cosa es la constatación de la antijuridicidad, es decir, la causación de un daño objetivamente imputable al comportamiento típico (en nuestro caso, el incumplimiento de normas legales o estatutarias o el incumplimiento de los deberes “inherentes al desempeño del cargo”, en particular, desempeñarlo con la diligencia de un ordenado empresario causante de un daño directo) y otra, distinta, la cuestión de por qué se realizó ese comportamiento, si por un suceso externo al responsable (art. 1.105 CC) o porque éste no empleó el cuidado interno debido para situarse en posición de poder cumplir con las normas o para cumplir con los deberes inherentes al desempeño del cargo (administrar con diligencia): la infracción de ese deber de cuidado interno constituye la culpa-negligencia como elemento de imputación subjetiva».

³³⁶ Al respecto, RODRÍGUEZ ARTIGAS, F., «El deber de diligencia», en ESTEBAN VELASCO, G., (coord.), *El gobierno de las sociedades cotizadas*, Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 1999, p. 433, citando unas «Reflexiones sobre la reforma de los consejos de administración» del Círculo de empresarios de 1995, donde ya se apuntaba que muchas veces «los consejeros no se reconocen responsables, alegando falta de información sobre los hechos».

³³⁷ Al abordar la determinación del estado de crisis se han expuesto distintas medidas legales que presuponen, para su aplicación, la existencia de un estado de crisis y, obviamente, su conocimiento por parte de los administradores. Ello solo es una prueba más de la existencia de una suerte de presunción por parte del legislador de *conocimiento constante* por parte de los gestores de la situación económica de la sociedad, así como de la capacidad de detectar a tiempo la situación de crisis en que se encuentra la sociedad –y, por tanto, la proximidad o riesgo de insolvencia– siempre y cuando hubieran desempeñado su cargo con la diligencia requerida por la naturaleza del mismo; en este supuesto concreto, mediante el cumplimiento de deberes legales de monitorización de la actividad empresarial tanto específicos (como los relativos a la elaboración del balance) como el general de diligencia. En definitiva, consideramos, en términos generales, que el fenómeno de la crisis es predecible siempre y cuando los administradores desempeñen el cargo con la diligencia debida. Expresamente, en este sentido, SCARLINO, D., *op. cit.*, pp. 299-300.

*de cuidado adaptado al caso concreto*³³⁸. En segundo lugar, analizaremos en qué medida la gestión asumiendo riesgos excesivos puede entenderse amparada dentro de unos *márgenes de discrecionalidad diligentes*.

En definitiva, la pregunta fundamental es si –o cuándo– la gestión de una sociedad sin tener en consideración la concurrencia de la crisis o la gestión excesivamente arriesgada en el contexto de la crisis se considera por parte del legislador un peligro o riesgo que el tráfico en general y, en nuestro caso concreto, los acreedores, deben soportar. Si la evitación de la generación de dicho peligro a través del establecimiento de una especial exigencia de cuidado para los administradores de sociedades de crisis se encuentra *en la mente del legislador* deberemos considerar el daño derivado del incumplimiento del deber de diligencia como fundamento para el establecimiento de responsabilidad a los administradores³³⁹.

B. El deber de diligencia. Cláusula general y deber de informarse diligentemente. Aplicación al supuesto de situaciones de crisis

1. El deber de diligencia como cláusula general en el Derecho español

Cuando el artículo 225.1 LSC dispone que «[l]os administradores deberán desempeñar el cargo y cumplir los deberes impuestos por las leyes y los estatutos con la diligencia

³³⁸ Ya sostuvo BADOSA COLL, F., *op. cit.*, p. 63, que «[e]l dato que atribuye valoración objetiva a la diligencia-conducta es su idoneidad técnica respecto a la actividad que ha de promover (...) o integrar (...), es decir, ha de ser “adecuada”. Esta “idoneidad” o “adecuación” como característica de la conducta es ajena a la voluntad del deudor y susceptible de ser apreciada por cualquier observador. De ahí la objetividad que confiere a la diligencia».

³³⁹ En el ámbito del Derecho penal, sobre la *creación de un peligro no permitido como constatación de la infracción de un deber de cuidado*, vid., por todos, ROXIN, C., *Derecho Penal. Parte General*, T. I, traducción por LUZÓN PEÑA, D.M./DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, M./DE VICENTE REMESAL, J., Civitas, Madrid, 2007, pp. 1001 ss. Expone como regla general el autor que «se habrá de reconocer como creación de un peligro suficiente la infracción de normas jurídicas que persiguen la evitación del resultado producido». En nuestra doctrina civil, por ejemplo, DíEZ-PICAZO, L., *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial. La responsabilidad civil extracontractual*, T. V., 1ª ed., Civitas, Madrid, 2011, p. 274: «Para que la infracción de estas normas [las que contienen prohibiciones de generación de riesgos] pueda ser reconocida como creación del peligro no permitido y en términos generales como negligencia, será necesario determinar si tales normas han sido dictadas con la finalidad de evitar el resultado producido o, han dicho de otro modo, si la evitación del resultado dañoso se encuentra dentro de lo que se denomina el fin de protección de la norma. Sólo las normas en cuyo fin de protección esté la evitación del resultado dañoso podrán ser tomadas en cuenta para establecer en relación con el daño, una calificación de negligencia. Lo contrario ocurrirá justamente cuando el fin de protección de la norma violada no tuviera nada que ver con la evitación del daño».

de un ordenado empresario»³⁴⁰ establece un determinado modelo de conducta de gestión³⁴¹ mediante el recurso a una *cláusula general*³⁴². Como bien ha señalado la doctrina, la regulación mediante cláusula general permite en este supuesto establecer un *estándar objetivo de diligencia*³⁴³, resolviendo el problema de la inabarcable –y,

³⁴⁰ Sobre la evolución de la norma en nuestro Derecho antes de la última reforma, *vid.*, por ejemplo, RODRÍGUEZ ARTIGAS, F., «El deber de diligencia», *cit.*, pp. 424-429; QUIJANO GONZÁLEZ, J., «Deber de diligencia» (voz), en ALONSO LEDESMA, C. (dir.), *Diccionario de Derecho de Sociedades*, Iustel, Madrid, 2006, pp. 422-423; GUERRA MARTÍN, G., «La posición jurídica de los administradores de sociedades de capital», en GUERRA MARTÍN, G. (coord.), *La responsabilidad de los administradores de sociedades de capital*, La Ley, Madrid, 2011, pp. 53-54. Sobre el reconocimiento legal del modelo de diligencia del ordenado empresario en normas distintas a la LSC, *vid.* RIBAS, V., «Comentario al artículo 225», en ROJO, A./BELTRÁN, E. (dirs.), *Comentario de la Ley de Sociedades de Capital*, T. I, Civitas, Navarra, 2011, p. 1614.

³⁴¹ Sin entrar en el debate que sugiere, resulta interesante apuntar que según RIBAS, V., Artículo 225, *cit.*, p. 1613, «[e]l deber de cuidado del administrador consiste en el conjunto de normas de conducta que, como parte de los deberes de fidelidad del administrador, orientan la función promotora de la actividad de administrar». Desde esta óptica, para un análisis detallado de los deberes de fidelidad, *ídem*, Deberes de los administradores en la Ley de Sociedades de Capital», *RdS*, 38/2012, pp. 75 ss.

³⁴² *Vid.*, sobre el cambio del estándar de conducta del administrador producido por la LSA 1951, del «buen padre de familia» al «ordenado comerciante [empresario, desde la LSA 1989] y representante leal», QUIJANO GONZÁLEZ, J., *La responsabilidad civil de los administradores de la sociedad anónima*, 1ª reimpresión, Universidad de Valladolid, 1985, pp. 195-197.

De manera similar, en Italia, la concreción del deber de diligencia –que anteriormente se vinculaba a la diligencia del buen padre de familia (consonante con el art. 1710 c.c. que establece la diligencia del mandatario, y que a su vez, viene determinada por lo establecido en el art. 1176 p. 1 en relación con el cumplimiento genérico de obligaciones c.c.)– pasó a ser la determinada por la naturaleza del encargo y por sus específicas competencias (en línea con el art. 1176 p. 2 c.c., que establece que en el cumplimiento de obligaciones inherentes al desempeño de una actividad profesional la diligencia habrá de valorarse teniendo en cuenta la naturaleza de la actividad ejercida). En este sentido, *cfr.*, entre la doctrina reciente, con ulteriores referencias, TINA, A., *L'esonero da responsabilità degli amministratori di S.P.A.*, Giuffrè, Milano, 2008, pp. 30-34, quien recuerda que a pesar de lo establecido en la derogada norma, numerosa doctrina ya consideraba que el patrón de diligencia del administrador debía estar, de alguna manera, vinculado a la naturaleza de la actividad de gestión por él realizada.

³⁴³ Destacando la objetividad del estándar, entre otros, ALONSO UREBA, A. «Presupuestos de la responsabilidad...», *cit.*, pp. 667-668; ESTEBAN VELASCO, G., «Responsabilidad civil de los administradores» (voz), en MONTROYA MELGAR, A. (dir.), *Enciclopedia Jurídica Básica*, T. IV, Civitas, Madrid, 1995, p. 5913; RODRÍGUEZ ARTIGAS, F., «El deber de diligencia», *cit.*, p. 427, SÁNCHEZ CALERO, F., *Los administradores...*, *cit.*, pp. 177, 180; GUERRA MARTÍN, G., «La posición jurídica...», *cit.*, p. 58.

El art. 2392 c.c., que establece el fundamento de la responsabilidad de los administradores frente a la sociedad, dispone en su párrafo primero que «*Gli amministratori devono adempiere i doveri ad essi imposti dalla legge e dallo statuto con la diligenza richiesta dalla natura dell'incarico e dalle loro specifiche competenze*». Se aprecia que para la determinación del estándar de diligencia es necesario analizar dos parámetros: la naturaleza del encargo y la competencias subjetivas del administrador. Analizando la cuestión desde la óptica de la crisis, considera ABETE, L., «La responsabilità degli organi di gestione, liquidazione e controllo nella riforma della legge fallimentare», en *Fallimento*, 1/2006, p. 7, que el grado de pericia exigible a cada administrador habrá de vincularse a sus específicas competencias subjetivas. Sin embargo, puntualiza que no está exento de responsabilidad el administrador que, debiendo decidir sobre cuestiones técnicas relevantes ajenas a su esfera de conocimientos, no se asesora a través de colaboradores competentes. En cualquier caso, a pesar de que la introducción del elemento de las competencias propias de cada administrador sugiera una especie de *subjetivización del estándar objetivo de diligencia*, esa modulación es más aparente que real. En tal sentido, *cfr.* TINA, A., *op. cit.*, pp. 36 ss.

probablemente, contraproducente- determinación y regulación de todas las situaciones posibles en la práctica³⁴⁴.

Sin embargo, a pesar de la indeterminación propia de la norma derivada de su vocación de abarcar una generalidad de conductas, no puede el intérprete –ni lo ha hecho la doctrina- eludir la necesidad de dotarla, en la medida de lo posible, de contenido específico. A tal fin, se ha propuesto una aproximación al contenido de la norma fundamentada en el análisis de los dos elementos básicos que delimitan el deber; a saber, qué significa *comportarse como un ordenado empresario* y qué supone hacerlo *en el desempeño del cargo*³⁴⁵. Todo ello a la luz del última redacción del artículo 225 LSC, en especial, el último inciso del párrafo 1 («teniendo en cuenta la naturaleza del cargo y las funciones atribuidas a cada uno de ellos») y el nuevo párrafo 2 («Los administradores deberán tener la dedicación adecuada y adoptarán las medidas precisas para la buena dirección y el control de la sociedad»).

Comenzando por el primero de los elementos apuntados relativo al ***comportamiento como un ordenado empresario***, se establece una *obligación de medios*³⁴⁶ *cualificada por un alto nivel de exigencia gestora*, que se concreta, por una parte, en las *obligaciones legales, estatutarias y reglamentarias que recaen sobre el administrador*, a la vez que constituye, por otra parte, una *f fuente autónoma de obligaciones concretas*³⁴⁷ en la medida en que establece, de manera genérica, un patrón de conducta que vincula al administrador en toda aquella actuación gestora que realice³⁴⁸.

³⁴⁴ Sobre la inconveniencia, aunque fuera posible, de delimitar el estándar de diligencia gestora, ya GIRÓN TENA, J., *Derecho de sociedades anónimas...*, cit., p. 377. Más recientemente, por ejemplo, LLEBOT MAJÓ, J.O., *Los deberes de los administradores...*cit., p. 47-48; GUERRA MARTÍN, G., «La posición jurídica...», cit., p. 58. Considerando que tal determinación, aunque imposible, facilitaría la labor del intérprete, MEGÍAS LÓPEZ, J., *El consejero independiente...*, cit., p. 701.

³⁴⁵ QUIJANO GONZÁLEZ, J., «Deber de diligencia», cit., p. 423.

³⁴⁶ Puntualiza TINA, A., *op. cit.*, p. 26, con interesantes referencias, que se trata, *propiamente*, de obligaciones de comportamiento, ya que toda obligación conlleva, en cierto modo, un resultado. Ya en este sentido, en nuestra doctrina, también con ulteriores referencias, ALONSO UREBA, A., «Presupuestos de la responsabilidad...», cit., pp. 669-670.

³⁴⁷ No consideramos necesaria una ulterior reflexión sobre si el deber de diligente administración completa el sistema de deberes de los administradores específicamente establecido en la Ley, o si, en sentido contrario, son los deberes tasados legalmente una expresión concreta de aquél más general y abstracto, dispuestos normativamente en tanto establecen pautas de conducta al respecto de situaciones que el legislador ha considerado especialmente necesitadas de regulación por su relevancia o trascendencia en la vida societaria. En cualquier caso, la relevancia práctica de esta cuestión es, en principio, mínima, en tanto el resultado es el mismo: la cláusula general aplica a toda circunstancia no prevista legalmente, y, además, ha de considerarse criterio interpretativo de los patrones de conducta específicamente tasados en la Ley. En el sentido de que la cláusula del ordenado empresario establece un

En relación con el segundo elemento, tal es que dicha diligencia se refiere, necesariamente, a las *funciones realizadas en el desempeño del cargo*, la doctrina ya venía necesario tomar en consideración dos variables: [1] «la posición interna que el administrador ocupe en el órgano, y la función asignada, teniendo en cuenta la composición, estructura y funcionamiento de éste» y [2] «el contexto en que se desenvuelve el desempeño del cargo: el tipo de empresa, en cuanto a actividad, tamaño,

modelo de conducta que completa los deberes específicos contenidos en el texto legal, GUERRA MARTÍN, G., «La posición jurídica...», *cit.*, p. 58.

El § 93 *Aktiengesetz* (AktG) establece el marco regulatorio de la responsabilidad societaria en la sociedad. En el párrafo. 1, inciso 1 se contiene una cláusula general que circunscribe los deberes de comportamiento de los miembros del *Vorstand*, estableciendo que en su actividad de administración los miembros de la dirección procederán con la diligencia de un gerente ordenado y concienzudo («*Die Vorstandsmitglieder haben bei ihrer Geschäftsführung die Sorgfalt eines ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsleiters anzuwenden*»). Por su parte, el párrafo. 2 de establece la responsabilidad interna (*Innenhaftung*) de los miembros del *Vorstand*, derivada de la violación del deber anterior (al respecto, *vid.*, por todos, FLEISCHER, H., «§ 93. Sorgfaltspflicht und Verantwortlichkeit der Vorstandsmitglieder», en SPINDLER, G./STILZ, E. (Hrsg.), *Kommentar zum Aktiengesetz*, Band 1 §§ 1-149, 2. Auflage, Beck, München, 2010, p. 1078). La doctrina considera que el deber de cuidado establecido en el § 93.1 AktG tiene una doble función. En primer lugar, sirve de estándar de cuidado para el *Vorstand* (*Sorgfaltsmaßstab*) (incumplimiento subjetivo del deber). En segundo lugar, sirve de suerte de «cajón desastre» para abarcar una generalidad de hechos cuyo incumplimiento puede constituir una lesión (incumplimiento objetivo del deber). En definitiva, este deber de cuidado incluye, de una manera general todos los deberes que pesan, derivados de la posición orgánica, sobre el gerente (cfr. WIESNER, G., «§ 26. Haftung der Vorstandsmitglieder», *cit.*, pp. 279-280). De manera similar, la *Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung* (GmbHG), establece en el § 43.1 que los administradores guardarán en el desempeño de los negocios de la sociedad el cuidado de un ordenado empresario («*Die Geschäftsführer haben in den Angelegenheiten der Gesellschaft die Sorgfalt eines ordentlichen Geschäftsmannes anzuwenden*»). Si incumplen culpablemente sus obligaciones, son responsables frente a la sociedad de los daños en que se incurra, según lo dispuesto en el § 43.2 GmbHG (MARSCH-BARNER, R./DIEKMANN, H., «§ 46. Die Haftung des Geschäftsführers», en PRIESTER, H.J./MAYER, D., *Münchener Handbuch des Gesellschaftsrecht*, Band 3, Gesellschaft mit beschränkter Haftung, 2. Auflage, Beck, München, 2003, p. 815; SCHNEIDER, U.H., «§ 43», en AAVV, *Scholz Kommentar zum GmbH-Gesetz*, Band 1, 9. Auflage, Otto Schmidt, Köln, 2000, p. 1829). En tanto lo que se establece es una regla de comportamiento, se considera que la responsabilidad derivada de la infracción de dicha norma es una «responsabilidad por comportamiento» (*Verhaltenshaftung*) -ya que persigue que los administradores actúen de una determinada manera- en la forma de una responsabilidad por culpa (*Verschuldenshaftung*) (MARSCH-BARNER, R./DIEKMANN, H., «§ 46...», *cit.*, pp. 815-816; SCHNEIDER, U.H., «§ 43», *cit.*, p. 1832).

No podemos en este momento detenernos en la cuestión de la naturaleza dispositiva o imperativa de la norma en Derecho alemán. Simplemente señalar que parece considerarse la responsabilidad establecida en esta norma como dispositiva pudiendo ser, en principio, restringida por los estatutos, pero no por decisión de la Junta o por lo determinado por el contrato que vincule al administrador con la sociedad. Puede, por tanto, excluirse la responsabilidad por negligencia. Ello es posible si se considera que la función principal de la norma no es la protección de los acreedores, sino de la sociedad, siendo la protección a los acreedores derivada de estas normas sólo es indirecta (al respecto, en relación con la GmbH, MARSCH-BARNER, R./DIEKMANN, H., «§ 46...», *cit.*, p. 815; SCHNEIDER, U.H., «§ 43», *cit.*, p. 1829).

³⁴⁸ Entre otros, ESTEBAN VELASCO, G., «Responsabilidad civil...», *cit.*, p. 5912; QUIJANO GONZÁLEZ, J., «Deber de diligencia», *cit.*, p. 423; SÁNCHEZ CALERO, F., *Los administradores...*, *cit.*, pp. 179-180; GUERRA MARTÍN, G., «La posición jurídica...», *cit.*, p. 59.

naturaleza (cotizada, familiar, pública, independiente, vinculada, etc.), el ámbito espacial, (el lugar, el mercado) o temporal (el momento, la coyuntura)»³⁴⁹.

La primera de las variables se ha hecho expresa en la norma, como ya se ha adelantado, en el inciso final del artículo 225.1 LSC, introduciendo una modulación de la cláusula general dependiendo de «la naturaleza del cargo y las funciones atribuidas». Se dispone la normativamente la relevancia de las *condiciones subjetivas del administrador*. En relación con esta cuestión, ya apuntaba la doctrina –importancia que continúa vigente– la importancia de no confundir la relevancia de la posición y función que desempeñe el administrador *individualmente considerado* en el órgano con las específicas aptitudes personales que tenga el mismo. Lo primero modulará –esta cuestión se tratará en este trabajo más adelante– el contenido del deber de diligencia. Lo segundo resulta ajeno a la construcción del deber de diligencia, que no se puede hacer depender de las circunstancias personales del sujeto administrador, en tanto estándar de comportamiento *objetivo*³⁵⁰.

En segundo lugar, en relación con el *contexto*, refiriéndonos en concreto a la especial coyuntura que a este trabajo interesa –la crisis–, es necesario analizar en qué medida se puede determinar *qué debe hacer un administrador diligente cuando la sociedad que gestiona se encuentra en situación de crisis empresarial*. En principio, sería suficiente con señalar lo que ya se ha dicho en el párrafo anterior, y es que la concreta coyuntura societaria vinculará al administrador, y, por tanto, en el supuesto de encontrarnos en una

³⁴⁹ Los entrecomillados son de QUIJANO GONZÁLEZ, J., «Deber de diligencia», *cit.*, pp. 424-425, que por su precisión reproducimos aquí literalmente. La misma idea ya fue recogida, entre otros, por ESTEBAN VELASCO, G., «Responsabilidad civil...», *cit.*, p. 5913, que, expresivamente, calificó el estándar de diligencia como de «contenido relativo y elástico», en tanto depende de las condiciones subjetivas del administrador (posición y función que desempeña en el órgano), y objetivas de la situación en que se encuentra la propia sociedad y del tipo de operación específica que se realice– presentes en el caso concreto. Nos parece también interesante destacar la opinión de LLEBOT MAJÓ, J.O., *Los deberes de los administradores de la sociedad anónima*, Civitas, Madrid, 1996, pp. 39, 50-51. Considera el autor que «los administradores están obligados con la sociedad a desempeñar su cargo persiguiendo los intereses de la sociedad con diligencia y lealtad», siendo, por tanto, el deber de diligencia «elemento, a su vez, del contenido de desempeñar el cargo de administrador» y, en definitiva, «contenido de la obligación de perseguir el interés social». En el mismo sentido, QUIJANO GONZÁLEZ, J., «Responsabilidad de los consejeros», en ESTEBAN VELASCO, G. (coord.), *El gobierno de las sociedades cotizadas*, Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 1999, p. 560.

³⁵⁰ Así, p. ej., ESTEBAN VELASCO, G., «Responsabilidad civil...», *cit.*, p. 5913: «Se establece un estándar de diligencia típica y objetiva, que se debe valorar no conforme a circunstancias personales del administrador, sino conforme a las aptitudes y conocimientos exigidos objetivamente por la función atribuida y de acuerdo con el tipo de relación que estamos considerando (relación de administración)». Cfr. *supra*, p. 128, nota 343, la norma italiana que, como se ha dicho, establece un patrón de diligencia vinculado también a las «específicas competencias del administrador», elemento que no existe en el texto de nuestra norma. Cuestión distinta es si consideramos oportuna una interpretación de nuestro patrón de diligencia en el mismo sentido que el italiano.

situación de crisis empresarial, la concurrencia de la misma habrá de ser tenida en cuenta a la hora de tomar cualquier decisión de gestión. Y, al fin, nada nuevo habríamos añadido a lo que ya bien ha expresado la doctrina: que la diligencia exigible será aquella que *habría desplegado un administrador normalmente diligente de haberse encontrado en una circunstancia similar*³⁵¹.

Sin embargo, el postulado anterior, aunque suficiente en sí mismo, resulta a los efectos de su aplicación práctica demasiado general, por lo que interesa su concreción. A tal fin, se considera conveniente tratar a continuación varias cuestiones. Primera, y a riesgo de resultar elementales, señalar que el administrador sólo podrá actuar de manera diligente en el contexto de crisis si tiene en cuenta dicha circunstancia a la hora de gestionar la sociedad, para lo cual, necesariamente, *tiene que ser consciente de la existencia de la misma*. Existe un deber exigible al administrador social de que tenga un conocimiento general de la marcha de la sociedad que habrá de incluir, inexcusablemente, aquellas circunstancias que puedan poner en peligro la propia pervivencia de la misma, premisa para el deber (genérico) de ejecución de todas aquellas medidas (en muchos casos, derivadas de deberes legalmente establecidos) que la administración ha de realizar a causa de la concurrencia de la crisis³⁵². Esta necesidad –no para el caso concreto de la crisis, sino en general– ya fue tenida en cuenta por nuestra legislación mediante el establecimiento del deber que pesa sobre los administradores de informarse diligentemente sobre la marcha de la sociedad, cuestión que trataremos con más detalle en el apartado siguiente.

Pero, además, es necesario retrotraerse a un estadio previo al de la concurrencia de la propia crisis: *el administrador diligente será aquél que establezca los mecanismos necesarios para permitirle tener un conocimiento suficiente de las circunstancias que*

³⁵¹ Por todos, BONELLI, F., *La responsabilità degli amministratori di società per azioni*, Giuffrè, Milano, 1992, p. 49.

³⁵² Como manifiesta VICARI, A., «I doveri degli organi sociali e dei revisori in situazioni di crisi di impresa», *Giur. comm.*, 2013, I p. 134: «ci si deve porre la domanda se sugli amministratori gravi un dovere di prevedere l'insorgere dell'insolvenza, nel qual caso si potrebbe configurare una loro responsabilità (non per non aver impedito l'"aggravarsi" di una insolvenza conclamata, ma) per non aver "evitato" l'insolvenza. Il dovere si concretizzerebbe nell'obbligo anzitutto di "riconoscere" tempestivamente la situazione di crisi e poi di adottare le iniziative utili, tra cui l'esecuzione di operazioni straordinarie oppure l'avvio di procedure di composizione negoziale della crisi (...), procedendo, ove opportuno (o necessario in relazione all'iniziativa da assumere), a convocare l'assemblea e ad informare tempestivamente i socie sulle varie opzioni possibili».

afecten de manera relevante a la vida societaria y, en nuestro supuesto particular, de la posible concurrencia de una crisis empresarial.

En cierto modo, esta *exigencia de una gestión cualificada* se he hecho también expresa en el artículo 225.2 LSC al disponer que «[l]os administradores deberán tener la dedicación adecuada y adoptarán las medidas precisas para la buena dirección y el control de la sociedad», aunque, la cláusula general, como estaba redactada, correctamente interpretada, ya exigía que el administrador desempeñara su cargo *con una dedicación adecuada*.

En cualquier caso, forma parte del comportamiento exigible al administrador diligente el establecimiento de medios de control de la situación económico-financiera de la sociedad. Si, no habiendo establecido dichos medios, se llegara al supuesto de que desconocía el estado de crisis de la sociedad, le serán reprochables las actuaciones/omisiones que se hubieran realizado obviando el estado de dificultad y que hubieran resultado ser perjudiciales para la sociedad, los socios e incluso terceros³⁵³. En definitiva, serán enjuiciables las decisiones gestoras *a posteriori* en tanto los administradores no establecieran mecanismos suficientes –y esa suficiencia habrá de hacerse depender, asimismo, de las especiales características de cada sociedad- de información y control *a priori*.

³⁵³ Es necesario mencionar, aunque no se comparta, la tesis que defiende que el deber de diligencia sólo es exigible por la sociedad, cuestión ésta que afecta directamente al régimen de responsabilidad de administradores derivado del incumplimiento del deber. Entiende el prof. LLEBOT que el deber de diligencia es un deber que los administradores están obligados a satisfacer únicamente frente a la sociedad, en sus palabras, frente al «grupo instrumentalmente unificado de los socios» [LLEBOT MAJÓ, J.O., de entre sus obras, p. ej., en «El sistema de la responsabilidad de los administradores. Doctrina y Jurisprudencia», *RdS*, 7/1996, p. 51], en tanto se trata de un deber que, entiende, integra el contenido de la relación obligatoria titularidad de la sociedad en su conjunto, y no atribuible a cada uno de los socios individualmente o a terceros [ibídem, pp. 62-63; también, ídem, en su más reciente «Los deberes y la responsabilidad de los administradores», en ROJO, A./BELTRÁN, E. (dir.), *La responsabilidad de los administradores de las sociedades mercantiles*, 4ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2011, pp. 30-31. En el mismo sentido, en relación con la responsabilidad de administradores, especialmente, la acción individual, ALFARO ÁGUILA-REAL, J., «La llamada acción individual de responsabilidad contra los administradores sociales», *RdS*, 18/2002, p. 59 (quien, en relación con la responsabilidad de administradores, manifiesta: «el administrador al asumir el puesto, se *obliga frente a la sociedad* a gestionar leal y diligentemente los asuntos sociales, debe, por tanto, diligencia y lealtad *a la sociedad y no a los terceros*»). En relación con esta cuestión, cfr., MARÍN DE LA BÀRCENA GARCIMARTÍN, F., *La acción individual...*, cit., pp. 80-82.

2. El deber de informarse diligentemente

Al margen de deberes específicos legalmente dispuestos que ayudan a concretar el contenido del deber general de diligencia³⁵⁴, destaca la mención expresa al *deber de informarse diligentemente*, deber que se introdujo por primera vez en nuestro ordenamiento societario por la reforma operada en la LSA por la Ley 26/2003, de 17 de julio, conocida como Ley de transparencia, estableciendo: «Cada uno de los administradores deberá informarse diligentemente sobre la marcha de la sociedad». La redacción del deber se mantuvo prácticamente inalterada en la primera redacción del artículo 225.2 LSC, modificando simplemente el «sobre la marcha» por «de la marcha». En la actualidad, la LSC mantiene el mismo deber, aunque matizado, en el art. 225.3, cuando dispone: «En el desempeño de sus funciones, el administrador tiene el deber de exigir y el derecho de recabar de la sociedad la información adecuada y necesaria que le sirva para el cumplimiento de sus obligaciones»³⁵⁵.

La importancia del deber de informarse del administrador –que se manifiesta en que el legislador haya considerado necesaria su expresa disposición legal, a pesar de estar dicho deber ínsito en el propio deber general de diligencia³⁵⁶– deriva de la vinculación entre información y gestión adecuada. El conocimiento del específico contexto societario concurrente es imprescindible para que el administrador pueda actuar de manera diligente; es decir, su capacidad de ser diligente dependerá directamente de lo informado que esté de la marcha de la sociedad³⁵⁷, información que se precisa tanto en el desarrollo de actuaciones de manera directa por el administrador como a la hora de

³⁵⁴ Para una colección de «deberes con un contenido específico» que concretan el contenido del deber general de diligencia, determinados legal o jurisprudencialmente, *vid.*, GUERRA MARTÍN, G., «La posición jurídica...», *cit.*, p. 64. Asimismo, para un listado de ejemplos de casos específicos de incumplimiento del deber de diligencia, *vid.* SÁNCHEZ CALERO, F., *Los administradores...*, *cit.*, pp. 183-185.

³⁵⁵ Para JUSTE MENCÍA, J./IGARTUA ARREGUI, F., «Deberes de los Administradores (Reforma de la LSA por la Ley de Transparencia)», *RdS*, 24/2005, p. 85, la inclusión de la norma vino a destacar «una obligación que, en el caso de los consejo de administración de las sociedades cotizadas, se ha considerado no cumplida con suficiencia». Quizás sea, precisamente, ese mismo cumplimiento insuficiente el que ha motivado la última reforma de la norma.

³⁵⁶ Reiteramos que el deber de informarse no es sino una concreción del deber de diligencia del administrador y que la norma que lo establece, aunque positiva en tanto refuerza la exigencia de que el administrador esté suficientemente informado sobre la marcha de la sociedad, resulta innecesaria. En este sentido, expresamente, LLEBOT MAJÓ, J.O., «Los deberes y la responsabilidad...», *cit.*, p. 33: «el deber de informarse diligentemente sobre la marcha de la sociedad (...) no es más que una manifestación del deber de diligencia expresado en el modelo de conducta del “ordenado empresario”».

³⁵⁷ Por todos, SÁNCHEZ CALERO, F., *Los administradores...*, *cit.*, p. 186.

ejercitar control o supervisión sobre órganos delegados³⁵⁸. Y esta máxima resulta de aplicación, como no podía ser de otra manera, al conocimiento del estado de crisis societaria, por lo que se considera oportuno abordar, sin ánimo de exhaustividad, algunas cuestiones concretas en relación con el deber de informarse diligentemente de la marcha de la sociedad.

Partiendo del concepto, el deber de informarse es una expresión del deber de diligencia que busca establecer un estándar de conocimiento exigible a todos los miembros del órgano de administración, individualmente considerados, sobre la marcha de la sociedad; información que se exige para el correcto desempeño del cargo y, específicamente, para la diligente toma de decisiones de gestión³⁵⁹. Además de esta primera aproximación conceptual al deber, son necesarias ulteriores precisiones.

En primer lugar, el deber de informarse es un deber que por expresa disposición legal pesa sobre «*cada uno de los administradores*» por el cargo que ocupan en el órgano de administración³⁶⁰, exigido con la finalidad esencial de permitir la correcta gestión de la empresa social, concretada en la toma de decisiones de administración³⁶¹.

³⁵⁸ En su faceta de derecho-deber, VELASCO SAN PEDRO, L.A., «La información en el consejo de administración: derechos y deberes del consejo y de los consejeros», en ESTEBAN VELASCO, G., (coord.), *El gobierno de las sociedades cotizadas*, Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 1999, pp. 329-330. Destacan JUSTE MENCÍA, J./IGARTUA ARREGUI, F., «Deberes de los Administradores (Reforma de la LSA por la Ley de Transparencia)», *RdS*, 24/2005, p. 85, que «la ley rechaza la figura del “consejero durmiente” o desinteresado, lo que puede reputarse conveniente a la vista de que el consejo (de las grandes sociedades) parece estar llamado a cumplir funciones de mera supervisión, y ha de estar integrado por una mayoría de consejeros externos, cuya función ha de apoyarse en una información suficiente, que en principio deben recabar del Secretario del Consejo de administración».

³⁵⁹ De la mano del desarrollo del *duty of care* realizado en los EEUU, especialmente, de la concreción que del mismo se realizó en los *ALI Principles* (cfr. 4.01), nuestra doctrina venía considerando ya con anterioridad a la reforma del 2003 la existencia de un conjunto de deberes derivados del general de diligencia (*duty to monitor*, *duty of inquiry*), especialmente relevantes en el supuesto de administración en forma de Consejo, cuyo cumplimiento permite exigir de los miembros del órgano un nivel de información sobre la situación empresarial suficiente. Entre otros, LLEBOT MAJÓ, J.O., *Los deberes de los administradores...* cit., pp. 66-73; RODRÍGUEZ ARTIGAS, F., «El deber de diligencia», *cit.*, pp. 431-432; PÉREZ CARRILLO, E.F., «El deber de diligencia de los administradores de sociedades», *RdS*, 14/2000, pp. 314-315. Para un estudio reciente y exhaustivo, desde una óptica tanto nacional como foránea, del derecho-deber de información, MEGÍAS LÓPEZ, J., *El consejero independiente...*, *cit.*, pp. 477 ss. Por todos, analizando la responsabilidad por culpa *in vigilando* derivada del incumplimiento del deber de vigilancia, QUIJANO GONZÁLEZ, J., *La responsabilidad civil...*, *cit.*, pp. 311-320.

³⁶⁰ Aunque la función de gestión social corresponde al órgano de administración, el deber se exige individualmente a cada uno de los sujetos por el cargo que ocupan en dicho órgano. Cfr. GIRÓN TENA, J., *Derecho de sociedades anónimas...*, *cit.*, pp. 357-358.

La redacción legal solventa así la polémica, tanto nacional como foránea, acerca de la *titularidad del derecho de información cuando la administración está conferida a un consejo*. Para revisar la discusión con anterioridad a la reforma, *vid.* MUÑOZ PAREDES, J.M., *La información de los consejeros en la sociedad anónima*, Aranzadi, Pamplona, 1999, pp. 44-57.

³⁶¹ SÁNCHEZ CALERO, F., *Los administradores...*, *cit.*, pp. 186-187.

En segundo lugar, la norma delimita el ámbito material del deber con la referencia a *la marcha de la sociedad*. Ciertamente, aunque la norma no lo dispusiera, no sería exigible por parte de la normativa societaria información que versara sobre otra materia que no fuera la propia del desarrollo del objeto social. De la misma manera que el objeto social establece, como principio, el límite a la actuación del administrador³⁶², en este supuesto dispone también los márgenes de la materia sobre la que deben mantenerse informados. Cuestión distinta es la concreción de la expresión, es decir, qué grado de profundidad y qué extensión abarca la *marcha de la sociedad*³⁶³. En este sentido, a los efectos de concretar el contenido, nos parece apropiado utilizar como referencia *de mínimos* –que podrán ser superados por el administrador especialmente diligente, sin que quepa, en este sentido, posibilidad de negarle el acceso a tal información en condiciones normales- el contenido que integra el informe de gestión que habrá de acompañar a las cuentas anuales³⁶⁴, teniendo en cuenta que, al margen de este marco de referencia, el administrador tendrá una obligación constante de conocer «aquellos hechos que de modo más significativo incidan sobre la actividad empresarial»³⁶⁵.

En tercer lugar, como establece la norma, los administradores deben informarse *diligentemente*. En consecuencia, entendemos que a la hora de valorar la diligencia empleada en torno al deber de informarse, resultará de aplicación la doctrina expuesta en relación con la valoración del cumplimiento del estándar de diligencia establecido en la cláusula general del art. 225.1 LSC. En este sentido, se ha destacado la necesidad de valorar la diligencia, también en este supuesto, como *vinculada a una obligación de medios*, y, por tanto, el respeto a la misma no se deriva de la acumulación de

³⁶² Cfr. GIRÓN TENA, J., *Derecho de sociedades anónimas...*, cit., 359.

³⁶³ Para GUERRA (GUERRA MARTÍN, G., «La posición jurídica...», cit., pp. 62-63) «el legislador quiere establecer un mínimo común de información sobre la sociedad que todo administrador, incluidos aquellos que no desempeñan funciones ejecutivas, tiene que conocer y que abarcaría aspectos como su estructura y funcionamiento, la normativa interna, su situación financiera, las previsiones, la evolución de los negocios o cualquier hecho significativo que pueda tener una influencia en los resultados de la sociedad». Para LLEBOT (LLEBOT MAJÓ, J.O., «Los deberes y la responsabilidad...», cit., p. 33): «La prestación que el deber de informarse impone a los administradores consiste en que estén informados sobre la marcha de la sociedad, pero no que cuenten siempre y en todo momento con toda la información que se pueda recabar sobre la marcha de la sociedad».

³⁶⁴ SALELLES CLIMENT, J.R., *El funcionamiento del consejo de administración*, Civitas, Madrid, 1995, p. 351-352.

³⁶⁵ SALELLES CLIMENT, J.R., *El funcionamiento...*, cit., p. 352, que ofrece como ejemplos: «que los precios de venta no permitan cubrir los costes de producción, la existencia de elevados costes de financiación, la baja rentabilidad de las inversiones realizadas, la excesiva inmovilización de determinados recursos, la adquisición o cesión de una importante participación de acciones, o la construcción de un nuevo establecimiento».

información, sino del conocimiento de aquélla que sea realmente relevante para el correcto ejercicio de la labor de administración y, en concreto, para la toma de decisiones de gestión determinadas. Ha de valorarse, por tanto, desde un punto de vista cualitativo, no cuantitativo³⁶⁶.

Ahora bien, desde la última reforma operada en la LSC, resultará especialmente controvertido defender –como es nuestra inclinación– que en el caso de que la estructura orgánica sea la de Consejo de Administración, resulta independiente del carácter de ejecutivo o no ejecutivo del consejero³⁶⁷. El artículo 225.3 LSC en su último inciso categoriza la información a que se refiere la norma como aquella «adecuada y necesaria que le sirva para el cumplimiento de sus obligaciones». Si, a su vez, leemos coordinadamente el párrafo tercero y el primero, que vincula la diligencia a «la naturaleza del cargo y las funciones atribuidas», será necesario preguntarse en qué medida el cargo y funciones del consejero influye en cuál es la información que debe exigir y que tiene derecho a recabar. Dicho lo cual, nos inclinamos hacia una comprensión *severa* del deber de estar informado.

Es importante vincular la diligencia al criterio de la *relevancia*, más que al de la *razonabilidad*³⁶⁸, ya que consideramos el primero más fácilmente objetivable que el segundo³⁶⁹. A nuestro entender, lo razonable o no de la obtención de información, a la

³⁶⁶ LLEBOT MAJÓ, J.O., «Los deberes y la responsabilidad...», *cit.*, p. 33, expone que «el juicio sobre el nivel de información que en cada caso sea necesario adquirir no constituy[e] el objeto de la prestación debida por el deber de informarse, si bien el cumplimiento o infracción del mismo dependerá de las circunstancias concurrentes en cada supuesto (art. 1104 CC)». Destaca entre las circunstancias a tener en consideración a la hora de valorar el cumplimiento o incumplimiento del deber de informarse: «la trascendencia de la propia decisión para la sociedad, el tiempo disponible para obtener más información, los costes de obtener información adicional y los conocimientos que los propios administradores tengan para evaluar la necesidad de disponer de más información».

³⁶⁷ SÁNCHEZ CALERO, F., *Los administradores...*, *cit.*, p. 186, manifestaba: «(...) el consejero no ejecutivo, tiene la facultad y el deber de disponer y de tener acceso a toda la información comunicada al Consejo de administración y la que sea precisa para el cumplimiento de su función, lo que se vincula con la obligación de los administradores ejecutivos y especialmente del Presidente del Consejo (sea ejecutivo o no) de suministrar a los no ejecutivos la información que soliciten». En el mismo sentido, GUERRA MARTÍN, G., «La posición jurídica...», *cit.*, 62.

³⁶⁸ Cfr. ALI *Principles of Corporate Governance*, § 4.01 a), donde se utiliza el criterio de la razonabilidad como medida subjetiva de diligencia: «A director or officer has a duty to the corporation to perform [his] functions in good faith, in a manner that he or she reasonably believes to be in the best interests of the corporation, and with the care that an ordinarily prudent person would reasonably be expected to exercise in a like position and under similar circumstances» (los subrayados son nuestros).

³⁶⁹ GUERRA MARTÍN, G., «La posición jurídica...», *cit.*, p. 62, se refiere a «la información que, en esas determinadas circunstancias, se considere razonable», dependiendo la determinación de lo razonable, a entender del autor, «de distintos factores, entre los que se pueden destacar la trascendencia de la decisión, el tiempo de que se dispuso para tomarla, los conocimientos y experiencia del administrador en ese tipo

vista de los ejemplos referidos por la doctrina depende, en gran medida, del juicio o circunstancias personales del administrador (p. ej., el grado de confianza que tengan los administradores en la información que les suministren determinados subordinados). En cambio, parece preferible que, tanto en términos generales como a la vista del objeto social de la empresa, se pueda determinar *ex ante* cuál es la información que los consejeros deben conocer y, si resulta necesario por un indebido funcionamiento de los flujos de información, recabar. Cuestión distinta será, una vez determinada cuál es la información relevante y, por tanto, la que debe ser conocida por todo administrador, que no se pueda hacer al administrador responsable por los daños derivados del desconocimiento en tanto dicho desconocimiento no le sea *objetivamente imputable por haber cumplido con unos estándares de razonabilidad suficiente a la hora de recabar información* (ejemplo: dolosamente, el subordinado o el consejero delegado en el que confía le oculta información de que dispone y sobre la que es preguntado)³⁷⁰. Aunque en la mayoría de los casos pueda parecer que el resultado a que se llega es el mismo, en la medida en que el deber de mantenerse informado recae sobre *cada uno* de los administradores, entendemos que es conveniente separar sobre *qué información* cualquier administrador diligente debe mantenerse informado de una manera relativamente constante de *cuáles son las circunstancias* por las que cada uno de los administradores la conocía o desconocía. Así, en nuestro supuesto de trabajo, información relevante es, por ejemplo, el conocimiento de la posibilidad de que el riesgo asumido por la realización de una determinada operación acabe abocando a la sociedad a una situación de graves dificultades económicas. Determinada la importancia de la información, cuestión distinta será la de si cabe imputar o no a cada uno de los administradores el desconocimiento de la misma.

Por último, la actual redacción de la LSC recoge el *derecho (individual) del administrador de recabar de la sociedad la información adecuada y necesaria*, derecho que, a pesar de no estar recogido por la ley hasta esta última reforma, se venía

de asuntos, el grado de confianza que éstos puedan tener en las recomendaciones de sus subordinados o el coste que supondría la obtención de información adicional».

³⁷⁰ Cfr. ALI 4.02, donde se establece un derecho de administrador a confiar en la información, opiniones, informes, etc., que recibiera, en determinados supuestos.

Se encuentra este razonamiento, en cierto modo, en línea con lo establecido en Derecho penal por el *principio de confianza*, que dispone que *quien se comporta debidamente puede confiar en que otros también lo hagan, excluyéndose la imprudencia* (ROXIN, C., *Derecho Penal...*, cit., p. 1004).

reconociendo tanto por la doctrina³⁷¹, como por el Tribunal Supremo³⁷². Así, el deber de información se ha de interpretar como un *derecho-deber*, que, en ambas facetas, ha de considerarse como *individual*, en tanto *cada uno de los miembros del órgano tiene el deber, y, por tanto, el derecho, a estar informado*. En definitiva, el derecho del administrador a recabar información no es más que la herramienta de la que dispone para hacer efectivo su deber de estar informado.

Concluyendo: si en un contexto de crisis empresarial los administradores toman decisiones de gestión perjudiciales para la sociedad, socios o terceros, el desconocimiento de dicho estado de crisis habrá de ser considerado culposos y, por tanto, insuficiente para exonerar *ex art. 237 LSC* de la responsabilidad societaria siempre que dicho desconocimiento se derive del incumplimiento de los estándares establecidos en relación con el diligente cumplimiento del deber de mantenerse informado³⁷³. siendo independiente, asimismo, la naturaleza ejecutiva o no del cargo del consejero, en el supuesto de consejo de administración, en tanto el propio deber exige el establecimiento de estructuras que garanticen un flujo de información suficiente³⁷⁴.

³⁷¹ No se abordará en este trabajo el estudio del *derecho de información del administrador*, ampliamente estudiado por nuestra doctrina. *Vid.*, sin ánimo de exhaustividad, GARCÍA VILLAVARDE, R., «Derecho a la información del socio y del administrador (sobre la existencia de un derecho a la información de los miembros del consejo de administración)», *CDC*, 10/1991, pp. 26-30; MARTÍNEZ MARTÍNEZ, M., «Consideraciones sobre el derecho de información del administrador –y en particular, del consejo», *RdS*, 12/1999, pp. 175-193; VELASCO SAN PEDRO, L.A., «La información en el consejo de administración: derechos y deberes del consejo y de los consejeros», en ESTEBAN VELASCO, G., (coord.), *El gobierno de las sociedades cotizadas*, Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 1999, en especial, pp. 327 ss.; SALELLES CLIMENT, J.R., *El funcionamiento...*, cit., pp. 344-366 (que se refiere el derecho-deber como *facultad de información*); MUÑOZ PAREDES, J.M., *La información de los consejeros en la sociedad anónima*, Aranzadi, Pamplona, 1999, *passim*; FONT GALÁN, J.I., *El derecho de información de los administradores sociales (fundamentación y disciplina)*, EPRINSA, Córdoba, 2002, *passim*.

³⁷² Tradicionalmente, las sentencias que abordaban el derecho de información del administrador lo hacían en supuestos de ejercicio de tal derecho por aquél que reúne la condición de administrador y socio. Destaca nuestra doctrina la STS de 9 de mayo de 1986, precisamente, por afrontar la cuestión del derecho de información «como tal». Tanto para referencias a la doctrina del Supremo, con ulteriores referencias doctrinales al respecto, como para un análisis de la sentencia destacada, MARTÍNEZ MARTÍNEZ, M., *op. ult. cit.*

³⁷³ Antes de la última reforma, en palabras de ESTEBAN VELASCO, G. («Responsabilidad civil...», *cit.* p. 5914), el administrador deberá justificar «la no negligencia en el desconocimiento de la medida que resultó perjudicial». Ahora, a la luz de la nueva redacción del art. 236.1 II, se deberá entender que aquél que alegue la negligencia el desconocimiento soportará la carga de probarla.

³⁷⁴ Al respecto de la relación entre el derecho-deber de recabar información y la responsabilidad de los administradores, VELASCO SAN PEDRO, L.A., «La información en el consejo...», *cit.*, p. 343: «Esta relevancia de la *información* respecto a la responsabilidad de los administradores, deriva, a mi juicio, de su función capital en cualquier *proceso decisonal*, sea del tipo que sea, que aspire a producir decisiones óptimas. En efecto, antes de adoptar cualquier decisión sobre un asunto, los titulares del poder de decidir, entre otras circunstancias, han de valorar la *calidad* de la información que sobre ese particular tienen a su disposición. En especial deberán plantearse si esa información es, por un lado, fiable y creíble y, por otro, suficiente. Si, después de ello, considerasen que su información falla en alguno de estos aspectos,

C. El deber de ordenada llevanza de la contabilidad y el deber de conocimiento del estado contable (como concreciones del deber de diligencia y del deber de informarse diligentemente)

1. Los deberes de los gestores de instituir sistemas de alerta temprana. Una referencia al Derecho alemán³⁷⁵

A lo largo de la década de los noventa el legislador alemán se planteó si los gestores de las empresas disponían de la suficiente información sobre la situación económica de las mismas (*wirtschaftliche Lage*) sobre todo, a la hora de adoptar y ejecutar políticas empresariales o decisiones concretas altamente arriesgadas. Ello motivó la introducción del § 91.2 AktG, donde se dispone un deber que pesa sobre el *Vorstand* de establecer las medidas que resulten adecuadas para la detección temprana de aquellas evoluciones de acontecimientos que puedan poner en peligro la propia subsistencia de la sociedad; en especial, sistemas de vigilancia o monitorización (*Der Vorstand hat geeignete Maßnahmen zu treffen, insbesondere ein Überwachungssystem einzurichten, damit den Fortbestand der Gesellschaft gefährdende Entwicklungen früh erkannt werden*)³⁷⁶.

El § 91.2 AktG se encuentra en el *Viertel Teil, Erster Abschnitt* de la AktG, dedicado a la regulación del *Vorstand*. El § 91 está rubricado «*Organisation. Buchführung*», lo que

deberían buscar o recabar nueva información para suplir, o, en su caso, completar estos defectos. Si no lo hicieran, se incrementarían los riesgos de que su decisión no fuera óptima y, por lo tanto, podría decirse que, al menos en términos genéricos, no habrían actuado con diligencia».

³⁷⁵ Se sigue principalmente para la elaboración de esta apartado el trabajo de SPINDLER, G., «Vorstandspflichten zur Einrichtung eines Frühwarnsystems», en FLEISCHER, H. (Hrsg.), *Handbuch des Vorstandsrecht*, Beck, München, 2006, pp. 703-741.

³⁷⁶ En 1998 la KonTraG (*Gesetz zur Kontrolle und Transparenz im Unternehmensbereich*), ley para el control y transparencia del sector empresarial, dispuso en su § 1.7 la modificación del § 91 AktG. El antiguo § 91 AktG que establecía el deber del *Vorstand* de asegurar el cumplimiento de las obligaciones de llevanza contable (*Der Vorstand hat dafür zu sorgen, daß die erforderlichen Handelsbücher geführt werden*) pasó a ser el § 91.1 AktG, introduciéndose el § 91.2 AktG. Se ha discutido también si cabe la aplicación analógica de la norma del § 91.2 AktG para la GmbH. Cfr. SPINDLER, G., *op. cit.*, p. 708.

En el caso de sociedades cotizadas, también es aplicación el § 317 HGB, relativo al objeto y alcance de la auditoría (*Gegenstand und Umfang der Prüfung*), que en su Abs. (4) establece que el auditor evaluará si la Dirección ha llevado a cabo las medidas establecidas en el § 91.2 AktG de forma adecuada para, posteriormente, para determinar si el sistema de control es susceptible de cumplir su misión. Asimismo, el *Deutscher Corporate Governance Kodex* dispone que la Dirección garantizará una apropiada gestión y control del riesgo empresarial.

Además, como comenta SPINDLER, G., *op. cit.*, p. 707 para entender plenamente el § 91.2 AktG es necesario tener en cuenta otras tendencias legislativas en relación con el establecimiento de deberes de establecimiento de sistemas de detección del riesgo, como es el caso de los *Pflichten zur Schaffung eines Risikomanagementsystems* establecidos para el sector bancario en el § 25 a) *Kreditwesengesetz* (KWG).

nos permite ubicar la norma que ahora se analiza en el ámbito de los deberes que denominados *de conocimiento del estado contable*.

Comenzando el análisis del deber por su destinatario, es conveniente puntualizar que recae sobre la Dirección en su conjunto la obligación de establecimiento de estas medidas adecuadas para la detección temprana de evoluciones arriesgadas. En este sentido, precisar que, aunque el concreto desarrollo o ejecución de estas medidas sea delegable tanto en determinados miembros de la Dirección como en Comisiones formadas por miembros de la misma, y sea, asimismo, legítimo el recurso a técnicos y especialistas para el concreto desarrollo del sistema, la Dirección *en su conjunto* habrá de mantener el control de dichas medidas. En consecuencia, el recurso a técnicos o especialistas para la elaboración del sistema, aunque permitido, nunca alterará el régimen de responsabilidad. En tanto que el deber pesa sobre la Dirección, es ésta la que responde por el incumplimiento del mismo³⁷⁷.

En cuanto a la relación del deber con el resto de normativa sobre deberes y responsabilidad de administradores, se considera que está anclado entre el § 76 (relativo a la gestión de la AG) y el § 93 (deber de diligencia y responsabilidad de los miembros de la Dirección) de la AktG. Se entiende, por tanto, que se trata de una concreción del poder de gestionar la sociedad bajo su propia responsabilidad otorgado a la Dirección en el § 76.1 AktG, gestión a la que se le aplica el estándar de diligencia establecido en el § 93 AktG. En consecuencia, a pesar de que se establece como un deber independiente, el § 91.2 AktG es una concreción del § 76.1 AktG, y no excluye, sustituye o desplaza ningún otro de los deberes establecidos en la Ley, siéndole de aplicación las mismas exigencias que a cualquier otro deber que recae sobre la Dirección³⁷⁸.

Así, el *Vorstand* tiene la obligación de tomar las medidas que considere adecuadas (*geeignete Maßnahmen*) para detectar aquellas progresiones (*gefährdende Entwicklungen*) que se consideren lo suficientemente peligrosas como para afectar a la pervivencia de la sociedad (*Fortbestands der Gesellschaft*)³⁷⁹.

³⁷⁷ SPINDLER, G., *op. cit.*, pp. 707-708. La creación por parte del *Vorstand* de una suerte de órgano que diseñe y/o informe del desarrollo de las medidas o sistemas que se dispongan no modificará la responsabilidad de los miembros de la Dirección (SPINDLER, G., *op. cit.*, p. 713).

³⁷⁸ SPINDLER, G., *op. cit.*, p. 708-709

³⁷⁹ Cuáles son en concreto estas medidas, debe quedar a la determinación discrecional de la Dirección. En cualquier caso, parece que habrán de tener en cuenta el nivel económico de la empresa, los riesgos

En cualquier caso, sean cuales fueren las medidas decididas, *habrán de ser idóneas para la cumplir con la finalidad que la norma persigue*: la detección temprana del riesgo, entendiendo *riesgo* como aquellos *cambios, procesos o progresiones arriesgadas (gefährdende Entwicklungen)*³⁸⁰ –no sucesos puntuales– con la *capacidad de poner en peligro la propia subsistencia de la empresa*, permitiendo diagnosticar el problema en un momento lo suficientemente temprano como para que sea posible corregir la situación o evitar la crisis³⁸¹. La Ley sí establece que entre las medidas adecuadas, la Dirección deberá, *en especial (insbesondere)* establecer un sistema de vigilancia o monitorización (*Überwachungssystem*)³⁸². En cuanto a cuáles han de ser en concreto esos sistemas, la expresión «*Überwachungssystem*» no impone un sistema de organización y de gestión del riesgo específico, quedando en manos de la Dirección la elección del modelo o estructura que consideren adecuada a las necesidades de la empresa³⁸³.

Además, para poder apreciar los cambios o evoluciones arriesgadas, será imprescindible conocer el que podríamos llamar *estado inicial de la empresa*, partiendo del análisis de las actividades o negocios de la empresa que revistan una naturaleza especialmente arriesgada –desde la óptica financiera–, así como de un profundo conociendo las condiciones de mercado que tuvieran o pudieran tener una influencia específica en el devenir empresarial³⁸⁴.

Por otra parte, no todos los acontecimientos adversos han de ser reconocidos tempranamente. El § 91.2 AktG se refiere sólo a los procesos peligrosos para la

potenciales del mercado en que desarrolla su actividad, así como el tamaño de la misma. SPINDLER, G., *op. cit.*, p. 712.

³⁸⁰ Considera SPINDLER, G., *op. cit.*, p. 712, que el § 91 AktG no hace referencia a los riesgos ya identificados, éstos se encuentran en el ámbito del deber de diligente control de la sociedad establecido en el § 93 AktG.

³⁸¹ SPINDLER, G., *op. cit.*, p. 710.

³⁸² A pesar de que se critique la redacción, parece entenderse que el legislador simplemente pretendió dar un ejemplo de medida *adecuada* al referirse al sistema de vigilancia. Así, SPINDLER, G., *op. cit.*, pp. 712-713.

³⁸³ No existe un modelo de gestión empresarial ni de gestión de riesgo específico, el cual, de existir, según SPINDLER, sería incompatible con el § 76.1 AktG. Estos modelos han de ajustarse en cada caso a las necesidades de la empresa. SPINDLER, G., *op. cit.*, p. 709.

³⁸⁴ Se considera, por ejemplo, diligente en este sentido comenzar por solicitar una auditoría de los riesgos presentes y futuros, así como el aseguramiento de aquellos que resulten convenientes. Así, SPINDLER, G., *op. cit.*, p. 710.

subsistencia de la sociedad, no a cualquier riesgo normal de la actividad empresarial³⁸⁵. Consecuentemente, se trata de riesgos que puedan producir cambios adversos considerables (*wesentlich*) en los activos, ingresos o situación financiera de la sociedad, tomando como referencia, de la misma manera que hace la Ley, la supervivencia de la empresa y analizando el impacto de los negocios y actividades empresariales desde la perspectiva de la situación global de la sociedad.

Por último, aunque es un referente a tener en cuenta y válido para ayudar a interpretar nuestra normativa sobre deberes de la administración en relación con la correcta gestión del riesgo, no se pueden obviar las críticas que se han hecho a la aplicación práctica del deber, al que se le achaca un *valor informativo limitado*. La norma habla de *medidas* desde un punto de vista general, por lo que es complicado saber hasta dónde deben llegar los gestores y si están cumpliendo correctamente con el mandato legal. Precisamente, se ha criticado que el § 91.2 AktG *no se fundamenta en una base sólida*, que permita desarrollar en la práctica un deber de tan importantes implicaciones, ya que estas ideas generales no especifican una asignación de tareas determinadas en los sistemas de gestión del riesgo³⁸⁶.

2. El deber del administrador de seguimiento del estado contable

La articulación de un estatuto de los deberes de los administradores en situaciones de dificultad parte, como ya hemos expuesto, de la siguiente premisa: los administradores diligentes habrán de saber que la sociedad se encuentra en estado de crisis empresarial³⁸⁷. Sólo considerando que el administrador debe conocer esta situación se puede exigir del mismo un comportamiento determinado, o, al menos, un comportamiento guiado por unos estándares determinados, que permitan, en la medida de lo posible, la defensa de los intereses que son dignos de protección en este contexto³⁸⁸. A pesar de que podría parecer, por elemental, que lo expuesto no precisa de

³⁸⁵ SPINDLER, G., *op. cit.*, p. 711.

³⁸⁶ SPINDLER, G., *op. cit.*, p. 774.

³⁸⁷ Sobre el deber de que la sociedad lleve una correcta contabilidad como manifestación del deber de diligencia, SÁNCHEZ CALERO, F., *Los administradores...*, cit., p. 184; también, OLMEDO PERALTA, E., *La responsabilidad contable en el gobierno corporativo de las sociedades de capital*, Marcial Pons, Madrid, 2014, p. 267, esp. nota 53. Ampliamente, sobre la importancia de la información contable en relación con el buen gobierno de las sociedades, PEINADO GRACIA, J.I., «Gobierno corporativo, elaboración y responsabilidad de la contabilidad social», *RdS*, 42/2014, pp. 21-52.

³⁸⁸ *Vid., supra*, Parte Primera, Capítulo I.

mayor argumentación, la concurrencia del fenómeno de la crisis empresarial exige realizar una breve referencia a determinadas cuestiones generales relativas a los deberes contables³⁸⁹.

El art. 25.1 Cdc dispone: «Todo empresario deberá llevar una contabilidad ordenada, adecuada a la actividad de su Empresa³⁹⁰ que permita un seguimiento cronológico de todas sus operaciones, así como la elaboración periódica de balances e inventarios»³⁹¹. El artículo 25.2 Cdc establece: «La contabilidad será llevada directamente por los empresarios o por otras personas debidamente autorizadas, sin perjuicio de la responsabilidad de aquéllos. Se presumirá concedida la autorización, salvo prueba en contrario»³⁹².

El deber de llevanza de una contabilidad ordenada se concreta en una serie de exigencias específicas, destacando la formulación anual de cuentas (cfr. arts. 34.1 ss. Cdc)³⁹³. Dicha obligación, que en las sociedades de capital se encuentra regulada en los

³⁸⁹ Como recuerda MARINA GARCÍA-TUÑÓN, A. «Información financiera y preconcursalidad» *RDCP*, 15/2013, p. 80: «es en este momento [el de la crisis] donde la normativa contable ha de estar en disposición de cumplir todos sus fines, convirtiéndose en el instrumento indispensable que, no solo anticipe la situación concursal, sino sobre todo y ante todo, sirva de medio de información que permita la adopción de aquellas decisiones que eviten la solución concursal».

³⁹⁰ ROJO, A., Capítulo 7, en URÍA, R./MENÉNDEZ, A., *Curso de Derecho Mercantil*, T. I, 2ª ed., Thomson-Civitas, Navarra, 2006, pp. 172-173: «La adecuación se refiere tanto a la dimensión de la empresa como al género de actividad que desarrolla. (...) La dimensión de la empresa y el sector económico son, pues, los principales parámetros a tener en cuenta para conseguir que la contabilidad cumpla con esta exigencia legal». La adecuación de la contabilidad a la actividad desarrollada por la empresa es una manifestación de la necesidad de que los sistemas de control de la gestión social resulten idóneos para cumplir las funciones que los mismos persiguen –en el caso de la de la contabilidad, tanto la función interna o técnica (al servicio del empresario) como la externa o jurídica (al servicio de socios, terceros o el interés público en general). Sobre las funciones de la contabilidad, ibídem, pp. 167-168. Vinculando el diseño (en términos de gobierno corporativo) de las sociedades a la exigencia aquí referida de la adecuación, PEINADO GRACIA, J.I., *op. cit.*, pp. 36-38.

³⁹¹ Sobre la inserción en nuestro Derecho de la cláusula general de «ordenada contabilidad», *vid.* GIRÓN TENA, J., «Las cuentas anuales de la S.A.», *RdS*, 1/1993, pp. 24-25. En cuanto a la finalidad de la cláusula, expresiva de la función general de la contabilidad, ROJO, A., Capítulo 7, *cit.*, p. 168: «la contabilidad debe considerarse no sólo como un método para la medición de los resultados económicos de una actividad empresarial, sino como un completo *sistema de información* que refleja todas las vicisitudes económicas de la empresa».

³⁹² En el supuesto de las sociedades mercantiles el deber recae sobre el órgano de administración. Por todos, ROJO, A., Capítulo 7, *cit.*, p. 173. Por tanto, «la responsabilidad por el correcto desarrollo del proceso [de llevanza de la contabilidad] recae en la figura de los administradores de la sociedad, si bien no como titulares del mismo, sino como sujetos responsables de garantizar su cumplimiento» (OLMEDO PERALTA, E., *La responsabilidad contable...*, *cit.*, p. 182).

³⁹³ Según BLANCO CAMPAÑA, J., *Régimen jurídico de la contabilidad de los empresarios*, Madrid, 1980, pp. 32-34, el deber de ordenada llevanza de la contabilidad es un deber jurídico público que recae sobre los empresarios y que les impone una conducta determinada, sin que se le pueda atribuir, de manera inmediata, un correlativo derecho subjetivo a favor de terceros. Por otra parte, la obligación de formulación de cuentas, participa de la naturaleza del deber más general de llevanza de la contabilidad (...) consiste en un deber jurídico *stricto sensu* que exige del empresario un concreto comportamiento en

artículos 253 y siguientes LSC, estructura un verdadero sistema informativo³⁹⁴ cuyo correcto cumplimiento ha de permitir, en el supuesto de las sociedades de estructura corporativa, conocer el estado financiero no sólo a la Junta de socios –que habrá de aprobar dichas cuentas (art. 272 LSC)- sino también a los acreedores de la sociedad o a terceros que puedan estar estudiando entablar relaciones contractuales con la misma, especialmente interesados en la información contable contenida en las cuentas anuales³⁹⁵. Ahora bien, mientras que la Junta es *receptora pasiva de la información contable*³⁹⁶, el órgano de administración está obligado *activamente* a la formulación de dichas cuentas³⁹⁷.

Se desprende del artículo 253 LSC que los administradores formulan las cuentas y que mediante la firma hacen suyo su contenido que se presume que conocen³⁹⁸, requisito

protección de múltiples intereses, pero que carece de contrapartida activa en favor de un tercero en orden a su exigibilidad» [VÁZQUEZ CUETO, J.C., *Las cuentas y la documentación contable en la sociedad anónima*, en OLIVENCIA, M./FERNÁNDEZ-NOVOA, C./JIMÉNEZ DE PARGA, R., (dirs.), *Tratado de Derecho mercantil*, T. IX, vol. 5, Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 2001, pp. 115-116]. Se aprecia así, como destaca OLMEDO PERALTA, E., *La responsabilidad contable...*, cit., p. 133, que «[a]mbos grupos de normas, pese a estar vinculados entre sí por una relación de dependencia, han sido tradicionalmente tratados por la doctrina como dos obligaciones distintas que suponen el cumplimiento de dos deberes de diversa naturaleza».

Para una revisión de los planteamientos existentes sobre la naturaleza jurídica del deber, OLMEDO PERALTA, E., *La responsabilidad contable...*, cit., pp. 98-111.

³⁹⁴ Por todos, GIRÓN TENA, J., «Las cuentas anuales...», cit., pp. 29-30.

³⁹⁵ Como destaca MUÑOZ GARCÍA, A., Capítulo XVI, en FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, L., *Derecho de sociedades*, vol. II, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, p. 1766, «especialmente en el supuesto de sociedades de responsabilidad limitada en sentido amplio».

³⁹⁶ Sobre la ausencia de un derecho del accionista individualmente considerado de acceso a la documentación social reservada, específicamente, a los antecedentes de la contabilidad anual, también con mención a la diferente posición del socio en la SRL, MARTÍNEZ MARTÍNEZ, M., *El derecho de información del accionista en la sociedad anónima*, McGraw Hill, Madrid, 1999, pp. 210-216.

³⁹⁷ La formulación de cuentas es un *acto de gestión de carácter interno mediante el que se da cumplimiento a una obligación esencial del cargo de administrador*. Por todos, con ulteriores referencias, VICENT CHULIÁ, F., *Las cuentas anuales de la sociedad anónima*, URÍA, R./MENÉNDEZ, A./OLIVENCIA, M., *Comentario al régimen legal de las sociedades mercantiles*, T. VIII, vol. 1º, Civitas, Madrid, 2000, pp. 101-102.

OLMEDO PERALTA, E., *La responsabilidad contable...*, cit., pp. 185-188, revisa en torno a los deberes contables y de formulación de cuentas en las sociedades de capital las tesis contrapuestas: si son expresión de un *deber de rendición de cuentas que ha de cumplir el representante respecto del principal* (vinculada a la tesis de la representación), o si el cumplimiento de estos deberes forma parte del *contenido esencial del cargo de administrador* (vinculado a la tesis del órgano), tesis, ésta última a la que, consideramos acertadamente, se adhiere.

³⁹⁸ Considera ILLESCAS ORTIZ, R., «La formulación de las cuentas anuales de la sociedad anónima», en IGLESIAS PRADA, J.L. (coord.), *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Aurelio Menéndez*, vol. II, Civitas, Madrid, 1996, p. 1927, que «el acto de voluntad en el que la formulación consiste tiene como cimentación y objeto una declaración de ciencia». En cambio, VICENT CHULIÁ, F., *Las cuentas anuales...*, cit., p. 102, para quien se trata de una «declaración de conocimiento», no de un «acto de voluntad».

necesario, además, para una diligente gestión de la sociedad³⁹⁹. En consecuencia, la propia estructura legal de las cuentas anuales permite concretar, en cierto modo, cuál ha de ser el *estándar o nivel de conocimiento exigible a los administradores*⁴⁰⁰. Como sabemos, las cuentas anuales han de comprender el balance, la cuenta de pérdidas y ganancias, el estado de cambios del patrimonio neto en el ejercicio, un estado de flujos de efectivo y la memoria⁴⁰¹, documentos que, como bien expresa la ley, «deberán ser redactados con claridad y mostrar la imagen fiel del patrimonio, de la situación financiera y de los resultados de la sociedad» (cfr. art. 254 1 y 2 LSC). Y como se puede comprobar tomando como ejemplo la memoria, su propio formato en texto o, como se ha dicho, su configuración de «índole predominantemente literaria», su carácter esencial de cierre del modelo informativo y la inclusión de una serie de menciones que obligatoriamente ha de contener el documento, ha de garantizar al administrador un conocimiento suficientemente profundo de la situación financiera *actual y previsible* de la sociedad (cfr. art. 260 LSC)⁴⁰².

En Italia, por ejemplo, el art. 2428 c.c. dispone (p. 1) que el balance debe ir acompañado de un informe de los administradores, denominado *relazione sulla gestione*, que ofrecerá un análisis fiel, equilibrado y exhaustivo de la situación de la compañía y del desempeño y resultado de la gestión, referido al conjunto y a los diversos sectores de la misma, con especial atención a los costes, ingresos e inversiones, así como una descripción de los principales riesgos a los que la sociedad se expone. Este documento debe tratar, entre otras menciones obligatorias, de la evolución previsible de la gestión (p.3 n°6); en relación con el uso por parte de la sociedad de instrumentos financieros así como su relevancia para la valoración de la situación patrimonial y financiera y el resultado económico del ejercicio (n°6-bis), debe tratar de los objetivos y política de la sociedad en relación con la gestión del riesgo financiero (n° 6-bis, a) así como de la exposición de la sociedad al riesgo del precio, del crédito, de la liquidez y de la variación de flujos (n°6-bis, b)⁴⁰³. La doctrina italiana fundamenta en esta norma, además de en el deber

³⁹⁹ PEINADO GRACIA, J.I., *op. cit.*, pp. 40-41.

⁴⁰⁰ No es necesario que sean expertos contables, pero deben comprender las cuentas anuales que formulan. Nada les impide, obviamente, ser asistidos también en dicha tarea.

⁴⁰¹ Cfr. arts. 257, 258 y, para abreviación de exigencias, 261 LSC.

⁴⁰² BONARDELL LENZANO, R., *Régimen jurídico de la contabilidad del empresario*, Marcial Pons, Madrid, 2012, p. 221.

⁴⁰³ Como señala SCARLINO, D., *op. cit.*, p. 261, «pare abbastanza ovvio che le relazioni esistenti fra fabbisogni finanziari e modalità della loro copertura, le relazioni esistenti fra fondi e impieghi, le condizioni di redditività, l'evoluzione del mercato ecc. costituiscono tutti indici dai quali gli amministratori possono trarre ragionevoli previsioni sull'andamento della società nell'immediato futuro e, quindi, sulla relativa capacità di restare attivamente e proficuamente sul mercato». Además, este autor concreta, «con riferimento alle società quotate, in sede di trattazione del rendiconto finanziario delle variazioni di liquidità (il c.d. Cash Flow Statement – CFS-) si è visto come una lettura del bilancio in

general de diligencia, la existencia de un deber *legal* de conocer tempestivamente o de prever la existencia de la crisis⁴⁰⁴.

En consecuencia, las exigencias –especialmente, la formulación de cuentas- que el cumplimiento del deber de llevanza de la contabilidad impone a los administradores permiten inferir la existencia de un **deber de seguimiento del estado contable**, definible, de manera genérica, como **la obligación de que el empresario se encuentre, de manera constante⁴⁰⁵, por sí o por otros en quien delega dicha función, suficientemente informado del estado financiero empresarial**. Tan es así que la normativa de redacción de documentos contables por parte de los administradores sociales ha sido definida como *un indicador de Derecho positivo* de la existencia de un **deber general de monitorizar la situación financiera y patrimonial de la sociedad, que se concreta en la existencia de un deber de previsión de la crisis⁴⁰⁶, de cuyo incumplimiento se puede derivar responsabilidad de los administradores⁴⁰⁷**. Desde nuestro punto de vista, no sólo este sector normativo, sino también el establecimiento de deberes disolutivos en relación con las pérdidas o incluso el propio deber de solicitud del concurso, son manifestaciones de la exigencia legislativa de que el administrador se encuentre regularmente informado del estado financiero-contable de la sociedad.

Además, dependiendo del tamaño y complejidad de las operaciones realizadas por la sociedad, puede resultar conveniente *delegar seguimiento del estado contable* (que no debe confundirse con el recurso a técnicos para la realización de las tareas contables⁴⁰⁸).

chiave finanziaria consente di individuare sia la capacità dell'impresa ad autofinanziarsi, sia le prospettive in termini di investimenti-finanziamenti, non costituendo affatto il reddito dell'esercizio (che prescinde, come noto, dalla circostanza che sia già avvenuto l'incasso o l'esborso) un indicatore del livello della liquidità aziendale». En definitiva, en este documento lo que presenta es, precisamente, una especie de *prospección* de la situación económica de la sociedad.

⁴⁰⁴ Para VICARI, A., (*op. ult. cit.*), opinión que compartimos, este deber es una «*ricostruzione in via interpretativa di doveri specifici*».

⁴⁰⁵ Es evidente que no se está defendiendo una exigencia diaria, ni siquiera semanal. Sin embargo, deben estar informados de manera *regular*, regularidad que se articula, en definitiva, en el establecimiento de un sistema de supervisión/información acorde a las necesidades del negocio y del riesgo financiero del mismo (ej. seguimiento de balances intermedios). Lo contrario atentaría contra el deber de diligente administración, en tanto no se puede gestionar *diligentemente* una sociedad sin conocer su estado contable.

⁴⁰⁶ VICARI, A., «I doveri degli organi sociali...», *cit.*, p. 135.

⁴⁰⁷ SCARLINO, D., *op. cit.*, p. 262. Como destaca este último autor, si dicho deber existe, se puede exigir responsabilidad a los administradores por la omisión en la toma de medidas para mitigar el riesgo sufrido por socios y acreedores.

⁴⁰⁸ Ello no impide que el deber sea ejecutado técnicamente bien de manera directa por los personalmente obligados como por medio de personas debidamente autorizadas, lo que no exime a los primeros de la

Al margen de las precisiones que, en relación con el instituto de la delegación se realizarán en el apartado siguiente, y respetando las limitaciones sobre la indelegabilidad de la facultad de formulación de cuentas y su presentación a la Junta General [cfr. art. 249 bis e) LSC], puede configurarse una delegación orgánica para el cumplimiento de las tareas de control contable que exige este *deber de seguimiento*. Bien se estructure esta delegación como orgánica, bien se encomiende la función a un alto directivo supervisado directamente por el órgano de administración, es imprescindible la configuración de un *canal de comunicación directo* con el mismo⁴⁰⁹. En cierto modo, el deber de seguimiento del estado contable es al deber de llevanza de la contabilidad lo que el deber de mantenerse informado de la marcha de la sociedad es al deber de diligencia. Es decir, el primero es requisito imprescindible para hacer posible el correcto cumplimiento del segundo. En tanto el deber de llevanza de la contabilidad es un deber personal que recae sobre el empresario, y, en el supuesto de sociedades mercantiles sobre el órgano de administración, el órgano debe mantener

responsabilidad derivada del incumplimiento o cumplimiento defectuoso (cfr. art. 25.2 Cdc). Por todos, BLANCO CAMPAÑA, J., *op. cit.*, p. 176-178.

⁴⁰⁹ De la importancia de este *seguimiento* –imperativo en el supuesto de sociedades «emisoras de valores admitidos a negociación en mercados secundarios oficiales de valores» (cfr. Disposición adicional decimoctava de la Ley del Mercado de Valores; sobre la misma, SÁNCHEZ CALERO, F., «Líneas generales del régimen del comité de auditoría», *RDBB* 89/2003, pp.197-199)- ya se hizo eco el *Informe Olivencia*, como se observa en el apartado II.3.6, así como en la recomendación 8ª; el *Informe Aldama* (cfr. IV.5.2), y, posteriormente, el CUBG, que sintetizó el estado jurídico de la cuestión al momento (cfr. recomendaciones 46 a 53), al recomendar la creación necesaria en el seno del Consejo de Administración, entre otras comisiones auxiliares, de la de auditoría. Sobre la misma, *vid.*, SANZ PARAÍSO, L.F., «Las comisiones de auditoría y cumplimiento», en ESTEBAN VELASCO, G., (coord.), *El gobierno de las sociedades cotizadas*, Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 1999. Especialmente interesantes en cuanto a la función de identificación y previsión de la crisis, pp. 392-400, donde se destaca «la importancia que, cada vez con mayor fuerza, va adquiriendo la información de carácter financiero, vital en primer lugar para la toma de decisiones en el seno de las empresas (...) vital también para terceros, en tanto en cuanto esa información deba difundirse hacia el exterior», siendo, a juicio del autor, la misión fundamental de esta comisión la de «vigilar los sistemas de control interno», garantizando la fiabilidad de la información contable y prestando «una especial atención a los posibles riesgos que para el futuro económico de la empresa pueden deducirse del contenido de los documentos presentados a su examen (...) puesto que detectada la situación, es posible que aún se pueda actuar de forma que tales riesgos desaparezcan o disminuyan». Como resalta el autor, de detectarse dichos riesgos, su comunicación al Consejo deberá realizarse de inmediato.

La denominación en el *Informe Olivencia* del Comité de Auditoría como «comisión delegada» (cfr. II.3.6) planteó inicialmente dudas sobre su naturaleza, aunque la doctrina parece haberse decantado por entender que el Comité no es, *stricto sensu*, un órgano delegado del Consejo, en tanto su competencia deriva de la Ley, no existiendo una *delegación de la actuación del Consejo*. Así, por ejemplo, SANZ PARAÍSO, *op. cit.*, pp. 390-391; SÁNCHEZ CALERO, F., «Líneas generales...», *cit.*, pp. 199-200; VELASCO SAN PEDRO, L.A., «El Comité de Auditoría», en RODRÍGUEZ ARTIGAS, F. *et alt. (dir.)*, *Derecho de sociedades anónimas cotizadas*, T. II, Thomson-Aranzadi, Madrid, 2006, pp. 1101-1102. Cfr. arts. 529 terdecies 2 y 529 quaterdecies LSC. Destaca los problemas que acarrea la indefinición a efectos de responsabilidad, PEINADO GRACIA, J.I., *op. cit.*, p. 43.

siempre un control directo sobre la correcta ejecución de aquél, independientemente de cómo se articule desde el punto de vista funcional⁴¹⁰.

En definitiva, consideramos que existe, aunque no se disponga expresamente, un deber de seguimiento del estado contable, que no es más que una concreción del deber de llevanza de la contabilidad y que manifiesta la obligación del empresario, y, en el ámbito de las sociedades de capital, del órgano de administración, de conocer la situación económica de la empresa, que debe permitir pronosticar de manera tempestiva las situaciones de crisis, si se presentan. En consecuencia, el reconocimiento de un deber de seguimiento del estado contable y el estándar de conocimiento exigible fundamentado en el mismo son condición indispensable para la creación de un estatuto de los deberes de los administradores específicos del estado de crisis, así como de un sistema de *enforcement* de los mismos⁴¹¹.

3. La prueba del desconocimiento culpable del estado de crisis y la exigencia de responsabilidad

Si se puede determinar el nivel de conocimiento exigible a los administradores, aquél que se considere perjudicado por lo actuado por los mismos desde el momento en que el administrador debió conocer diligentemente la concurrencia de la crisis de la sociedad

⁴¹⁰ GIRÓN TENA, J., «Las cuentas anuales...», *cit.*, p. 10: «La llevanza de la Contabilidad y la redacción de las Cuentas anuales presupone una actividad. Esa actividad, en el caso de una persona jurídica como la SA, implica un proceso orgánico correspondiente a una asignación de competencias».

⁴¹¹ La doctrina alemana se ha planteado si es posible considerar norma de protección en favor de los acreedores (en el sentido del § 832.2 BGB) los *deberes de contabilidad del órgano de administración* recogidos en los §§ 91 AktG, 41 GmbHG que exigen la llevanza de la contabilidad necesaria y ordenada, lo que se traduce, a su vez, en el respecto a los preceptos recogidos en el HGB (§§ 238 ss.) y demás normas específicamente referidas a la correcta elaboración de los documentos contables, así como el respeto a los principios de contabilidad generalmente aceptados. La doctrina mayoritaria no parece considerar que la finalidad de la norma sea la protección de un grupo específico -exigencia para la aplicación del § 823.2 BGB-, sino la tutela del tráfico en general. Además, entienden que el deber de llevanza de una ordenada contabilidad se tiene frente a la sociedad, por lo cual su incumplimiento sólo puede dar lugar a responsabilidad interna. Por último, alegan que una consideración en sentido contrario produciría una injustificada extensión de la responsabilidad de los administradores [por todos, LUTTER, M., «Haftungsrisiken des Geschäftsführers einer GmbH», *GmbHR*, 8/1997, pp. 334-335, que excluye la responsabilidad externa por deberes de organización que se tienen frente a la sociedad (*Organisationspflicht*)]. La posición doctrinal minoritaria considera que éstas son normas de protección de terceros. Por tanto, de su incumplimiento se puede derivar responsabilidad externa de los administradores en los casos en que del mismo se derive un daño a terceros (por ejemplo, en el supuesto de que un tercero contrate con la sociedad confiando en la información obtenida de una contabilidad errónea, si, posteriormente, se produce un incumplimiento por parte de la sociedad que provoca un perjuicio al tercero, siempre y cuando dicho perjuicio sea directo y no derivado de una lesión al patrimonio social) (STAPELFELD, A., «Außenhaftung des Geschäftsführers bei Verletzung der Buchführungspflicht», *GmbHR*, 3/1991, pp. 96-99).

se encuentra con una primera cuestión, tal es la de la prueba del conocimiento o desconocimiento de tal estado por parte del administrador⁴¹².

Si se defiende que el adecuado cumplimiento del deber de ordenada llevanza de la contabilidad exige el seguimiento del estado contable; seguimiento que, correctamente realizado, conduciría, como regla, al conocimiento⁴¹³ de la crisis por parte órgano de administración, puede defenderse que el desconocimiento por parte del órgano del estado de dificultad será negligente, *en unos términos temporales que será necesario acotar*. En sentido contrario, podría alegarse en el contexto de un procedimiento judicial⁴¹⁴ el desconocimiento culposo por parte del órgano. Si el seguimiento se ha producido y el control del responsable del seguimiento ha sido el adecuado, como norma, el órgano no podrá alegar el desconocimiento de la crisis o de la previsibilidad de la misma, si ésta era detectable. Si, en cambio, no se ha cumplido con las exigencias del deber de ordenada llevanza de la contabilidad (en todas sus vertientes) y del deber de seguimiento del estado contable (cuya existencia se defiende), el desconocimiento será, necesariamente, culpa del órgano de administración.

En cuanto a la determinación del periodo temporal al que se extiende la exigencia de conocimiento diligente, comprendemos que es una cuestión de difícil concreción desde la óptica del Derecho, determinable, si cabe, ante el estudio del caso concreto. En cualquier caso, de haber manifestaciones suficientes para la identificación de la concurrencia actual o predicción de la inminencia del estado de crisis –siempre y cuando la inminencia resulte suficiente como para exigir el pronóstico de la crisis- en las cuentas anuales, **el conocimiento podrá exigirse desde el momento en que se acuerde la formulación de las mismas (cfr. art. 253.1 LSC) pudiendo alegarse judicialmente una presunción de conocimiento de dicho estado por parte del órgano de administración.**

⁴¹² En este trabajo se abordan los deberes de ordenada llevanza de la contabilidad y de formulación de cuentas en relación con la exigencia de conocimiento del estado de crisis por parte del administrador para, posteriormente (*infra*, Parte Segunda) determinar cuál es el comportamiento exigible a los administradores en el contexto de la crisis, especialmente, en relación con los acreedores. En cambio, no se analiza la responsabilidad de los administradores derivada directamente del incumplimiento de estos deberes («responsabilidad contable»). Remitimos para el estudio de esta cuestión al exhaustivo trabajo de OLMEDO PERALTA, E., *La responsabilidad contable...*, cit., pp. 241-370.

⁴¹³ En este contexto, *conocer* ha de interpretarse como sinónimo de *entender*, y no simplemente de *tener acceso* a la información.

⁴¹⁴ Sobre las presunciones judiciales, ABEL LLUCH, X., *op. cit.*, pp. 440-443. En concreto, sobre el valor probatorio de los documentos contables, ampliamente, Blasco Campaña, pp. 300-308.

Es cierto que pueden, *de facto*, existir supuestos en los que algunos o todos los miembros del órgano desconozcan la concurrencia de la crisis. Sin embargo, independientemente de los repartos de funciones que en el seno del órgano de administración se puedan establecer, *todos* los administradores deben *conocer* y *comprender* el contenido de las cuentas anuales, por lo que el desconocimiento del estado de crisis será culposo y las consecuencias, a efectos de responsabilidad, serán las mismas que en el caso de conocimiento. Por tanto, toda actividad de gestión (incluida la actividad de negociación contractual) sucedida posteriormente a la formulación de cuentas se considerará realizada con conocimiento de la administración de la concurrencia de tal estado. Este esquema será igualmente de aplicación en el supuesto de que los administradores incumplieran el plazo de tres meses contados a partir del cierre del ejercicio social para la formulación de cuentas. En este contexto, habrá que preguntarse por la relevancia exoneratoria *ex art. 237 LSC* del voto en contra de la aprobación de las cuentas por un administrador o de la negativa a firmar las cuentas⁴¹⁵.

⁴¹⁵ Esta cuestión exige detenerse previamente en determinar si el acto por el que los administradores deciden la formulación de cuentas, en el supuesto de configurarse el órgano como Consejo, es o no, estrictamente hablando, *acuerdo social del Consejo impugnabile*. A favor de la existencia de un acuerdo de Consejo impugnabile, PALÁ LAGUNA, E./PALÁ LAGUNA, R., *RdS*, 9/1997, pp. 209-301. Considerando que nos encontramos ante un auténtico acuerdo de Consejo, pero no impugnabile, «puesto que se integra en un proceso de complejo de aprobación de las cuentas anuales y su impugnación aislada supondría la paralización de dicho proceso, con perjuicios para todos» (VICENT CHULIÀ, F., *Las cuentas anuales...*, cit., p. 103). La tercera opción consiste en entender que la decisión del órgano de administración no es un verdadero acuerdo (ampliamente, OLMEDO PERALTA, E., «La difícil naturaleza jurídica de la formulación de cuentas anuales: no acuerdo-no impugnabilidad», *RdS*, 41/2013, pp. 109-142) que no puede ser objeto de impugnación como acuerdo social propiamente dicho (OLMEDO PERALTA, E., *La responsabilidad contable...*, cit., p. 255: «los administradores no están ni legitimados ni autorizados para impugnar la decisión del órgano de administración [de formulación de cuentas anuales], ya que ello podría suponer una paralización de los órganos sociales que iría en contra del interés social, al poderse derivar de tal inactividad una causa legal de disolución. En cambio, los administradores disconformes con las cuentas sí están obligados a impugnar el acuerdo de aprobación de las cuentas por la Junta General, cuando entiendan que tal aprobación es nula por haber sido redactadas las cuentas contraviniendo las disposiciones legales. En caso contrario, entendemos que el administrador pasivo podría incurrir en responsabilidad porque no ha hecho todo lo posible para evitar el daño y porque, al no impugnar, estará obligado a dar cumplimiento a los acuerdos que se adopten y que traigan causa en las cuentas anuales que se acaban de aprobar, las cuales, desde el momento de su aprobación, tendrán el carácter de ejecutivos»). Al margen de la cuestión de la paralización de los órganos, ésta es la tesis sostenida por nuestro Tribunal Supremo. Así, se puede leer en el fundamento primero de la STS 676/2002 de 5 de julio: «la formulación de cuentas anuales no se configura como un acuerdo confiado al Consejo de Administración dentro de su ámbito de competencias sino como una propuesta debida y necesaria para iniciar la secuencia formulación-verificación-aprobación que culmina con el verdadero acuerdo en esta materia, reservado a la junta general (...). Ya se califique, por tanto, como acto debido, ya como deber u obligación, de los administradores para con la sociedad, lo decisivo es que la formulación de las cuentas anuales a que se refiere el artículo 171 de la Ley de Sociedades Anónimas no tiene el carácter de acuerdo del órgano colegiado de administración contra el que quepa impugnación autónoma al amparo del artículo 143 de la misma Ley, sino de propuesta orientada a la futura adopción del verdadero acuerdo por la junta general de accionistas, que será el acto realmente impugnabile (...)).»

Por otra parte, es posible que, al margen de las manifestaciones del estado de crisis en las cuentas anuales, se pueda probar la existencia de indicios suficientes de la existencia de la crisis en un momento anterior al de la formulación de cuentas, indicios de tal entidad que no pudieran haber sido obviados o desconocidos por un administrador diligente, por ejemplo, en el caso de que la situación de crisis pudiera haberse detectado en los balances trimestrales (cfr. art. 28.1 Cdc). En este supuesto, aquél que se considere perjudicado por lo actuado por los administradores desde el periodo de concurrencia de los indicios hasta el de formulación de las cuentas soportará la carga de la prueba de dichos indicios, pero probados los mismos, se podrá solicitar al juez la presunción de conocimiento del estado de crisis por parte del administrador⁴¹⁶.

En definitiva, el administrador diligente *tiene el deber* de conocer –buscando auxilio, si lo necesita⁴¹⁷– la situación financiera de la sociedad que gestiona, y, por tanto, si esta sociedad se encuentra en una situación, más o menos grave, de dificultad. En consecuencia, en el curso de un proceso en el que se depuren posibles responsabilidades de los administradores, el que alegue la existencia de un perjuicio vinculado al desconocimiento de la situación de crisis empresarial derivado del incumplimiento del *deber de seguimiento del estado contable*, soportará la carga de la prueba de la

En cuanto a la relevancia de la firma de las cuentas, se ha defendido que «no implica en modo alguno la conformidad de los firmantes con ellas», conformidad o disconformidad que se manifiesta en la votación del órgano [ILLESCAS ORTIZ, R., «La formulación de las cuentas anuales de la sociedad anónima», en IGLESIAS PRADA, J.L. (coord.), *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Aurelio Menéndez*, vol. II, Civitas, Madrid, 1996, p. 1938], y que «la omisión excusada de la firma no libera de responsabilidad al administrador por la gestión social en que hubiera podido intervenir durante el ejercicio a que se refieren los documentos (...) a lo sumo podría servir de base a una presunción de desconocimiento del contenido de dichos documentos» (VÁZQUEZ CUETO, J.C., *op. cit.*, p. 134. Cfr. en este sentido, la STS de 12 de junio de 1997, que considera desvirtuada a efectos de la aplicación del art. 112.2 TRLSA la presunción de conocimiento por el administrador de los libros de cuentas y documentos de la sociedad en caso de ausencia de firma de los documentos contables sometidos a la aprobación de la junta general). Sin embargo, OLMEDO PERALTA, E., *La responsabilidad contable...*, cit., pp. 266-267 entiende que la obligatoriedad de la firma se garantiza que las cuentas representan la voluntad orgánica, por lo que «la firma de las cuentas resulta elemento básico para que pueda derivarse responsabilidad por el contenido de las cuentas a los miembros del órgano de administración». En cuanto a la posible exoneración de responsabilidad por parte del administrador, sostiene que el administrador, para ser exonerado *ex art. 237 LSC* deberá hacer constar, al firmar las cuentas, su oposición expresa a las mismas, pero, además, para cumplir con la premisa exoneratoria de hacer todo lo posible para evitar el daño, entiende que deberá exponer los motivos de su oposición ante la Junta de aprobación de cuentas, y que, llegado el caso, proceda a la impugnación judicial del acuerdo de aprobación.

⁴¹⁶ Como ya se dijo (*vid., infra*, Parte Primera, Capítulo I, p. XX), probado el indicio y el nexo lógico el juez puede inferir el hecho presunto.

⁴¹⁷ La carencia de conocimientos técnicos por parte del administrador no exime de la obligación de conocer. Si el administrador carece de la formación necesaria para comprender por sí mismo la información financiera o contable, la diligencia debida exige que recurra a un técnico que le auxilie para la correcta comprensión de las mismas.

posibilidad del pronóstico de la crisis⁴¹⁸. En el periodo de formulación de cuentas, esa posibilidad de pronóstico se podrá valorar analizando el contenido de las cuentas. En un periodo previo, resultará, más oneroso. Sólo una vez demostrada por el tercero la posibilidad de pronóstico tendrá lugar el juicio del desconocimiento negligente, *ex art.* 236.1 LSC.

En cuanto a la acción de responsabilidad a ejercer, es necesario distinguir dos contextos. En aquellos supuestos en los que el desconocimiento influya en decisiones generales de gestión que no perjudiquen de manera específica a ningún sujeto determinado –en nuestra hipótesis, acreedor- sino que supongan un perjuicio al patrimonio social, se habrá de recurrir, de ser preciso, a la acción social. Sin embargo, en el supuesto en el que la el desconocimiento culpable genere un daño específico y diferenciado a un acreedor concreto, daño que habrá de ser distinto al daño reflejo derivado del daño producido al patrimonio social –el llamado por la doctrina *daño directo*- será posible el recurso a la acción individual⁴¹⁹. Aunque quizás se trate de supuestos residuales, no debe negarse tal opción⁴²⁰.

⁴¹⁸ Especialmente importante a este respecto resulta el *valor probatorio de los libros contables*. Sobre esta cuestión, enmarcada en el estudio de la naturaleza jurídica de los libros de contabilidad, OLMEDO PERALTA, E., *La responsabilidad contable...*, cit., pp. 113-121.

⁴¹⁹ Sobre el daño que se puede producir tanto a la sociedad como a terceros *derivado de la adopción de decisiones erróneas sobre la base de una información contable inadecuada*, OLMEDO PERALTA, E., *La responsabilidad contable...*, cit., pp. 334-345. En general, sobre el ejercicio de la acción individual de responsabilidad para el resarcimiento de daños *directos* derivados del incumplimiento de obligaciones contables, *ibídem*, pp. 365-369. No ya desde la óptica del desconocimiento culpable, sino desde la perspectiva del daño derivado por la confianza del tercero en el contenido de las cuentas, ALFARO ÁGUILA-REAL, J., «La llamada acción individual...», *cit.*, p. 73, quien no considera que quepa el ejercicio de acción individual por incumplimiento *negligente* del deber de ordenada llevanza de la contabilidad, en tanto deber que no entiende exista frente a terceros. En similar sentido, MARÍN DE LA BÁRCENA GARCIMARTÍN, F., *La acción individual...*, cit., pp. 268-269, 370. Recientemente, el TS se ha manifestado a favor de la admisión de la acción individual por daños derivados de la confianza de acreedores contractuales de la sociedad en la corrección de las cuentas, cfr. STS, Sala de lo Civil, 22 de diciembre de 2014, que sostiene: «la conducta de los administradores respecto de la que se exige responsabilidad constituye un incumplimiento grave de los deberes relativos a la llevanza de la contabilidad y a la formulación de las cuentas anuales, que, conforme a las exigencias generales previstas en el art. 34.2 Ccom, deben mostrar la imagen fiel del patrimonio, de la situación financiera y de los resultados de la empresa (...). El daño sufrido por los acreedores demandantes, que suministraron sus productos para la campaña de Navidad 2004/2005, y en concreto por el impago parcial de sus créditos, es un perjuicio directo en la medida en que, como se afirma en la doctrina, la conducta ilícita de los administradores les haya llevado a confiar en la situación patrimonial aparente y a seguir contratando sin recabar especiales garantías para prevenir del riesgo de incumplimiento de la sociedad».

⁴²⁰ Por ejemplo, en el curso de la negociación de la firma de un contrato con la sociedad la futura contraparte pregunta sobre el estado financiero de la misma, información que considera y manifiesta como relevante para la formación de su voluntad contractual, en tanto, además, tiene la capacidad de elegir entre varias compañías para prestar el servicio que ofrece, debiendo hacerlo en régimen de exclusividad. Mal informado por el administrador sobre el estado de la compañía (desinformación culposa en los términos que se han expuesto) decide contratar con ésta y no con otra. Posteriormente,

D. Delegación y control. El establecimiento de sistemas de información entre el Consejo y los órganos delegados adecuados al nivel de riesgo asumido. Influencia en el régimen de responsabilidad

1. Introducción

La realidad del funcionamiento de los Consejos de Administración ha demostrado necesaria la existencia del instituto de la delegación⁴²¹. En la actualidad, sobre todo en las grandes sociedades de capital abiertas, el sistema monista de administración ha ido evolucionando hacia un sistema en que el órgano de administración, en forma de Consejo, diseña, en pleno (cuando no son directamente instruidos por los ejecutivos) las políticas y estrategias generales de la empresa, mientras que los órganos delegados⁴²² (Consejeros Delegados y/o Comité Ejecutivo) se encargan de la ejecución de dichas políticas mediante la gestión diaria de la empresa social⁴²³. Sin embargo, una incorrecta

acaecido el impago, se producen en el acreedor dos daños: el derivado de la falta de capacidad de pago de la compañía y el derivado de la pérdida de una oportunidad de negocio de haber contratado con la compañía de la competencia. Aunque dichos daños puedan valorarse como de cuantía idéntica (pudiendo incluso ser el daño directo mayor que el indirecto, dependiendo de la oportunidad de negocio rechazada) la naturaleza de ambos daños no es la misma.

⁴²¹ En palabras de GIRÓN TENA, J., *Derecho de sociedades anónimas...*, cit., p. 366: «La permanencia del Consejo como órgano, en la práctica se presenta como muy relativa; no es posible una reunión absolutamente constante. De aquí que, con independencia de la magnitud de las empresas –aunque en las mayores, con órgano de composición numerosa, la necesidad sea más visible–, se precise reconocer la facultad de delegar». En el mismo sentido, entre otros, RODRÍGUEZ ARTIGAS, F., «La delegación de facultades del consejo de administración de la sociedad anónima», *RdS*, 1/1993, p. 92; SÁNCHEZ CALERO, F., *Los administradores...*, cit., p. 599; MARTÍNEZ SANZ, F./NAVARRO MÁÑEZ, M., «Comentario al artículo 141», en ARROYO, I./EMBED, J.M./GÓRRIZ, C. (coord.), *Comentarios a la Ley de Sociedades Anónimas*, vol. II, 2ª ed., Tecnos, Madrid, 2009, p. 1633; SALELLES CLIMENT, J.R., «Comentario al artículo 249», en ROJO, A./BELTRÁN, E. (dirs.), *Comentario de la Ley de Sociedades de Capital*, T. I, Civitas, Navarra, 2011, p. 1795.

⁴²² No es este momento para detenernos en la discusión de la naturaleza del «órgano» delegado. Baste recordar la existencia de controversia en torno a si los delegados son *verdaderos órganos societarios*. A favor de la calificación como auténticos órganos de la sociedad, en nuestra doctrina, por todos, IGLESIAS PRADA, J.L., *Administración y delegación de facultades en la sociedad anónima*, Tecnos, Madrid, 1971, pp. 137-139; SÁNCHEZ CALERO, F., *Los administradores...*, cit., pp. 600-606. Con una posición, a nuestro entender, peculiar, derivada de los matices que a su comprensión de los delegados como órgano impone la lectura que de la naturaleza del acto de delegación hace el autor (pp. 412-416), RODRÍGUEZ ARTIGAS, F., *Consejeros delegados, comisiones ejecutivas y consejos de administración*, Madrid, Montecorvo, 1971, pp. 417-423; se aprecian también esos matices en MARÍN DE LA BÁRCENA GARCIMARTÍN, F., *La acción individual...*, cit., p. 219. Posición matizada también la de ESTEBAN VELASCO, G., «Configuración estatutaria del órgano de administración», en AAVV, *Derecho de Sociedades Anónimas*, T. I, La fundación, Civitas, Madrid, 1991, p. 369 para quien «se constituye un nuevo órgano, no en el sentido de que se cree una esfera autónoma y distinta de competencias exclusivas frente al Consejo, sino que se les faculta en el ámbito de la delegación para desarrollar la misma función orgánica (es decir sometida a ese régimen y no al de mandatarios) que incumbe al Consejo, con la particularidad de ser un órgano subordinado al Consejo».

⁴²³ RODRÍGUEZ ARTIGAS, F., «La delegación de facultades...», cit., p. 92: «(...) los ordenamientos que mantienen el sistema monista de administración han previsto mecanismos diversos que permiten corregir los problemas de la estructura monista pero sin llegar a establecer el sistema dualista (...) [donde] los

articulación en la práctica de la delegación de funciones puede producir el desconocimiento por parte del órgano de administración de la situación real de la sociedad y, en el contexto específico de situaciones de crisis, la ignorancia de tal estado de dificultad, produciendo, en consecuencia, la falta de capacidad real de influencia o decisión sobre la gestión de la situación de crisis por parte del órgano de administración en su conjunto. Nos ocupamos en este momento de la cuestión de la delegación y el control de las funciones delegadas, en especial en relación con el establecimiento de un correcto régimen de información entre el Consejo y los órganos delegados.

En su primera redacción, la LSC regulaba la delegación de facultades del Consejo de Administración de manera casi idéntica a lo que dispusiera el artículo 141 LSA, con la salvedad de su ubicación como artículo independiente⁴²⁴. Disponía la LSC en la redacción originaria del artículo 249 que «[c]uando los estatutos de la sociedad no dispusieran otra cosa, el consejo de administración podrá designar de su seno una comisión ejecutiva o uno o más consejeros delegados, sin perjuicio de los apoderamientos que pueda conferir a cualquier persona». Limitando esta facultad del Consejo a delegar, se disponía que «[e]n ningún caso podrán ser objeto de delegación la rendición de cuentas de la gestión social y la presentación de balances a la junta general, ni las facultades que ésta conceda al consejo, salvo que fuese expresamente autorizado por ella». Por último, la «delegación permanente de alguna facultad del consejo de administración en la comisión ejecutiva o en el consejero delegado y la designación de

delegados asumen la administración y representación de la sociedad, mientras que el Consejo vigila su actuación y traza las líneas generales de la política de la sociedad». Por su parte, MARTÍNEZ SANZ, F./NAVARRO MÁÑEZ, M., *op. cit.*, p. 1633, destacan la necesidad de reorientación «efectiva» de la labor del Consejo hacia funciones de control. Por todos, sobre el «monismo renovado», ESTEBAN VELASCO, G., «La renovación de la estructura de la administración en el marco del debate sobre el gobierno corporativo», en ESTEBAN VELASCO, G. (coord.), *El gobierno de las sociedades cotizadas*, Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 1999, pp. 165-209.

Recientemente, para un análisis sobre la evolución de la función de supervisión en España desde el sistema monista gerencial hasta el monista de supervisión, a través de la interpretación de la norma basada en los desarrollos contenidos en los Códigos de Buen Gobierno, fundamentalmente, en el CUBG de 2006, MEGÍAS LÓPEZ, J., *El consejero independiente...*, cit., pp. 468-475. El autor critica la falta de establecimiento de obligaciones de control de contenido específico, y sugiere una aproximación al reformado sistema italiano.

⁴²⁴ El derogado art. 141 LSA regulaba conjuntamente la delegación de facultades con el régimen interno del Consejo de Administración, actualmente en el art. 245 LSC. Por su parte, la LSRL remitía en su art. 57.1 la regulación de la delegación a lo establecido en la LSA. Sobre la conveniencia de regular la delegación de facultades de manera independiente, MARTÍNEZ SANZ, F./NAVARRO MÁÑEZ, M., *op. cit.*, p. 1624. Sin embargo, entendía SALELLES CLIMENT, J.R., «Comentario al artículo 249», cit., p. 1801, que la anterior sistematización facilitaba una interpretación sistemática de las competencias que han de resultar excluidas de la delegación («la prohibición de delegar algunas facultades se establecía una vez reconocida la capacidad del consejo para regular su propia organización y funcionamiento y, por tanto, como una excepción a esta capacidad»).

los administradores que hayan de ocupar tales cargos requerirán para su validez el voto favorable de las dos terceras partes de los componentes del consejo y no producirán efecto alguno hasta su inscripción en el Registro Mercantil»⁴²⁵.

La Ley 31/2014 introdujo importantes reformas en la regulación de la delegación. En primer lugar, se amplió el elenco de facultades indelegables y modificaron las existentes, que han pasado a estar reguladas en el nuevo artículo 249 bis. En cuanto al artículo 249, el párrafo primero ha reconocido expresamente el delegado se designará de entre los miembros del Consejo, estableciendo el contenido, límites y modalidades de la delegación. El párrafo tercero ha pasado al párrafo segundo (ante el desplazamiento de las facultades indelegables al artículo siguiente) y, especialmente novedosa es la regulación de los requisitos de aprobación, formalización y contenido del contrato que se ha de celebrar entre la sociedad y el delegado (art. 249.3 y 4 LSC).

2. El instrumento de la delegación. Las facultades indelegables en el contexto de las sociedades en crisis. Influencia en el régimen de responsabilidad

2.1. La interpretación de la formulación y presentación de cuentas como generadora de un deber de cumplimiento continuo y la asistencia en la ejecución. Régimen de responsabilidad

La naturaleza de nuestro supuesto de hecho, tal es la gestión de las sociedades en situación de crisis empresarial, exige, una referencia a la indelegabilidad de la formulación de cuentas y presentación de las mismas a la Junta General [cfr. art 249 bis e) LSC]⁴²⁶.

⁴²⁵ Tradicionalmente, la doctrina ha vinculado la naturaleza constitutiva de la inscripción a este último inciso de la norma («no produciendo efectos hasta su inscripción en el Registro Mercantil»). Cuestión distinta son las diversas opiniones que suscite. Especialmente crítico, ya GIRÓN TENA, J., *Derecho de sociedades anónimas...*, cit., p. 368 consideraba que «[e]l elevar a requisito constitutivo de la delegación la inscripción registral hace relevante exageradamente el aspecto externo de la misma –el Registro es instituto jurídico de terceros- y generalizada, para el supuesto considerado, una técnica inadecuada, al mezclar los dos aspectos del problema –validez y protección- creando una carga para los terceros: la de investigación constante del Registro contra el sentido del Código». Destacando las peculiaridades de la cuestión, entre otros, IGLESIAS PRADA, J.L., *op. cit.*, p. 180; RODRÍGUEZ ARTIGAS, F., *Consejeros delegados...*, cit., p. 296; POLO, E., «Comentario al artículo 141», en URÍA, R./MENÉNDEZ, A./OLIVENCIA, M., *Comentario al régimen legal de las sociedades mercantiles*, T. VI, Civitas, Madrid, 1992, p. 488. Recientemente, MARTÍNEZ SANZ, F./NAVARRO MÁÑEZ, M., *op. cit.*, p. 1639.

⁴²⁶ No nos detendremos, aunque es conveniente referirlo, en el estudio de la indelegabilidad en las sociedades cotizadas de la facultad de la «aprobación de la información financiera que, por su condición de cotizada, deba hacer pública la sociedad periódicamente» (cfr. art. 529 ter LSC).

Como ya se refirió, originariamente el artículo 249.2 LSC establecía como indelegables la rendición de cuentas de la gestión social y la presentación de balances a la Junta General, además de las facultades que la Junta concediera al Consejo, salvó autorización expresa. La doctrina diferenciaba así entre *prohibiciones absoluta y relativa de delegación*, referente la primera a la rendición de cuentas y la presentación de balances la segunda a las facultades atribuidas por la Junta al Consejo⁴²⁷.

El 249 bis ha ampliado el elenco de facultades indelegables⁴²⁸. Nosotros nos centraremos en la establecida en la letra “e)”, que dispone *la indelegabilidad de la formulación de las cuentas anuales y su presentación a la Junta General*, como heredera de la indelegabilidad de la rendición de cuentas de la gestión social y presentación de balances; estudio que resulta necesario por su natural vinculación con los deberes contables de los administradores, y en consecuencia, con el conocimiento por parte del Consejo de la posible situación de crisis de la sociedad.

Primero, la redacción actual de la norma facilita la comprensión del **contenido de la limitación**⁴²⁹, que con anterioridad exigía una interpretación coordinada de la limitación establecida en el derogado artículo 249.2 LSC y los artículos 253.1 LSC -que establece que «[l]os administradores de la sociedad están obligados a formular, en el plazo máximo de tres meses contados a partir del cierre del ejercicio social, las cuentas anuales, el informe de gestión y la propuesta de aplicación del resultado, así como, en su caso, las cuentas y el informe de gestión consolidados»- y 254.1 LSC -que dispone que

⁴²⁷ RODRÍGUEZ ARTIGAS, F., «La delegación de facultades...», *cit.*, pp. 98-100.

⁴²⁸ El *Estudio sobre propuestas de modificaciones normativas* de la Comisión de Expertos en materia de Gobierno Corporativo, creada por Acuerdo del Consejo de Ministros, de 10 de mayo de 2013, publicado por Orden ECC/895/2013, de 21 de mayo (en adelante, *Estudio sobre propuestas*), en el que se fundamentaba el Anteproyecto de Ley X/2014, de XX, por la que se modifica la Ley de Sociedades de Capital para la mejora del gobierno corporativo, dispone al respecto de la ampliación de las facultades indelegables (cfr. art. 249 bis del citado texto) en p. 44: «El efectivo funcionamiento del Consejo de Administración requiere su dedicación y directa involucración en las decisiones más importantes de la actividad social. A estos efectos, resulta relevante reservar a su conocimiento las decisiones correspondientes al núcleo esencial de la gestión y supervisión de la sociedad, lo que exige el reconocimiento legal de las facultades indelegables del consejo. En el caso de los consejo de administración de las sociedades de capital en general, se considera adecuada la introducción de una disposición como la incluida en el artículo 231-98 de la PCM [Propuesta de Código Mercantil]». A pesar de la referencia a la norma propuesta en la PCM, la norma del Anteproyecto era más amplia.

⁴²⁹ En relación con la norma derogada, SALELLES CLIMENT, J.R., «Comentario al artículo 249», *cit.*, pp. 1800-1801: «El tenor de la norma, coincidente con el dispuesto en la Ley de Sociedades Anónimas (art. 141.1) no ha hecho precisamente pacífico la determinación de las materias delegables», a pesar de los desarrollos elaborados en materia de gobierno corporativo, (cfr., especialmente rec. 8ª CUBG, sobre la preservación en el seno del consejo de la llamada «función general de supervisión», función que se considera compuesta a su vez por la «responsabilidad estratégica», la «responsabilidad de vigilancia» y la «responsabilidad de comunicación»).

«[l]as cuentas anuales comprenderán el balance, la cuenta de pérdidas y ganancias, un estado que refleje los cambios en el patrimonio neto del ejercicio, un estado de flujos de efectivo y la memoria»-. Por lo tanto, la redacción actual aclara que la prohibición se extiende a la formulación de todos los documentos que componen las cuentas anuales. Y ello, como ya ha sido señalado por nuestra doctrina, por ser el único modo de dar cumplimiento efectivo, como dispone el art. 254.2 LSC, al fin último de formulación de cuentas, tal es ofrecer una «imagen fiel del patrimonio, de la situación financiera y de los resultados de la sociedad»⁴³⁰. En cualquier caso, tampoco tras la reforma, la aprobación de estos documentos determina, de manera automática, la aprobación de la gestión social, como se desprende tanto de la diferenciación entre la aprobación de la gestión social y de las cuentas que se establece en el artículo 164.1 LSC como del artículo 238.4 LSC, que expresamente dispone que la aprobación de las cuentas por parte de la Junta no excluye la posibilidad de ejercicio de la acción social, ni supone una renuncia tácita a la acción acordada o ejercitada⁴³¹.

La **justificación** del establecimiento de esta prohibición absoluta ya fue ofrecida por el maestro GIRÓN: permite resolver las dudas en torno a las funciones indelegables, tales son las atribuciones que se pudieran considerar constitucionales de la SA, reduciendo por tanto la cuestión a aquellas que aseguran la subordinación del órgano de administración a la JG⁴³². Haciendo referencia a esta misma cita, continúa RODRÍGUEZ ARTIGAS: «Con ello se consigue que el Consejo en pleno se responsabilice ante la Junta general de la administración en su conjunto evitando así que, mediante el recurso a la delegación, este órgano quede vacío de contenido. Al mismo tiempo, sobre la base de la correlación que debe existir entre responsabilidad y poder, con esta limitación se asegura también la subordinación jerárquica que corresponde a los delegados respecto del Consejo en quien, como responsable último de la gestión de la sociedad, reside el poder de decisión que caracteriza al empresario, con las consecuencias que de ello se

⁴³⁰ En este sentido, entre otros, RODRÍGUEZ ARTIGAS, F., «La delegación de facultades...», *cit.*, pp. 99; SALELLES CLIMENT, J.R., «Comentario al artículo 249», *cit.*, pp. 1801.

Por otra parte, puntualiza OLMEDO PERALTA, E., *La responsabilidad contable...*, *cit.*, pp. 207-208, la diferenciación que existe entre el deber de llevanza de la contabilidad «entendido como de registro continuado de los asientos con trascendencia contable en los libros de comercio», función cuyo cumplimiento, aunque atribuido a los administradores, puede ser delegado, de la específica rendición de cuentas anuales, indelegable. En cualquier caso, considera que la indelegabilidad se limita a la formulación, es decir, al «acto formal por el que se asumen como propios los documentos de las cuentas anuales y el informe de gestión (...) pudiéndose, por el contrario, delegar en otros sujetos (internos o externos al órgano de administración) el cumplimiento de todos los actos anteriores y precedentes a tal formulación».

⁴³¹ RODRÍGUEZ ARTIGAS, F., «La delegación de facultades...», *cit.*, p. 99.

⁴³² GIRÓN TENA, J., *Derecho de sociedades anónimas...*, *cit.*, p. 367.

derivan»⁴³³. En consecuencia, la indelegabilidad de esta función hace sino que reforzar la idea de la existencia del deber de seguimiento del estado contable por parte de los administradores de la situación general de la gestión social, y especialmente, de la situación económica.

Establecido lo anterior, se plantean en la práctica dos problemas que influyen especialmente en la aplicación del régimen de responsabilidad de administradores. En primer lugar, la caracterización de las funciones contenidas en facultades indelegables como de *cumplimiento continuo*; en segundo, lugar, la cuestión de la *delegación de facto* de funciones indelegables.

El establecimiento de funciones indelegables *ex lege* tiene como finalidad que el órgano de administración mantenga bajo su control y supervisión una serie de funciones que, bien sea por la naturaleza de su contenido –presentación de balances y rendición de cuentas–, bien sea por la relación de mandato subyacente que establece la limitación –funciones establecidas como indelegables por la Junta-⁴³⁴, se considera esencial que se mantengan en la esfera directa de vigilancia del órgano de administración. Pues bien, desde nuestro punto de vista, el carácter de indelegable de la función ha de conllevar cierto grado de *control constante de la materia sujeta a la limitación*. En el concreto supuesto de la rendición de cuentas, entendemos, en línea con lo establecido en el apartado anterior, que exige un seguimiento periódico de la cuestión por parte del órgano *en su conjunto*, por lo que, a pesar de que el órgano pueda encomendar tareas concretas de ejecución material de la función, no se puede desentender de la misma, y la encomienda de la *ejecución fáctica de materias propias de la función indelegable* se habrá de hacer bajo la constante supervisión del órgano de administración, que no podrá limitarse a un simple cumplimiento de las formalidades exigidas en el proceso de formulación de cuentas por la Ley.

En consecuencia, hay que analizar la relevancia, a efectos de responsabilidad, del *desconocimiento efectivo de la materia propia de la facultad indelegable* (en nuestra hipótesis, la formulación de cuentas), tanto en un supuesto de *distribución dentro del órgano de la ejecución material de tareas propias del desarrollo de funciones indelegables*, como en el caso de *recurso a la asistencia por parte de auxiliares para el desempeño de facto de materias propias de la función indelegable*.

⁴³³ RODRÍGUEZ ARTIGAS, F., «La delegación de facultades...», *cit.*, pp. 99.

⁴³⁴ SALELLES CLIMENT, J.R., «Comentario al artículo 249», *cit.*, pp. 1801-1802.

Nos remitimos en este momento, de manera general, a lo expuesto en anteriormente en este Capítulo en relación con el deber de ordenada llevanza de la contabilidad, añadiendo a lo ya dicho, lo evidente: **en tanto la función formulación de cuentas anuales es un deber propio del órgano de administración indelegable, el recurso *de facto* a la asistencia técnica para el desempeño de la función no puede ser, en sí mismo, causa de exoneración de la responsabilidad por los daños derivados del actuar del Consejo, en nuestra hipótesis, desconociendo la situación de crisis.**

Sin embargo, no nos parece inapropiado entender que si el Consejo puede demostrar que ha seleccionado con diligencia a quienes les habrían de asistir en el cumplimiento de la función indelegable y les ha sometido a la vigilancia oportuna, se podrá considerar que el desconocimiento no es culposo y que la consecuencia dañosa no es subjetivamente imputable al órgano⁴³⁵. **Cumpliendo con los administradores con la diligencia debida en la tarea de selección y control de los auxiliares, se aplicará la regla general de que por los actos de los auxiliares responde el empresario.**

Ahora bien, la exoneración de responsabilidad del administrador habrá de fundarse en una ausencia de culpa *in eligendo*, *in vigilando* o *in instruendo* de aquel que le asista en el desempeño de la función indelegable⁴³⁶, vinculada a la demostración del control constante y *en primera persona* por parte del órgano de la materia propia de la función indelegable. La asignación del desarrollo de determinadas tareas a un auxiliar no implica una ausencia generalizada de responsabilidad fundamentada en la falta de título de imputación subjetiva *al órgano*.

2.2. Comité de Auditoría y régimen de responsabilidad de administradores

Es necesario detenerse en las peculiaridades que presenta el régimen de responsabilidad en el caso de sociedades con Comité de Auditoría legalmente exigido. En primer lugar,

⁴³⁵ Contra, en relación expresamente sobre la cuestión de los coadministradores, QUIJANO GONZÁLEZ, J., *La responsabilidad civil...*, cit., pp. 326-327, quien subraya que la Ley establece un procedimiento que permite modular el régimen de responsabilidad de los administradores (la delegación regular) por lo que «cualquier otro sistema de funcionamiento, como puede ser el reparto interno de tareas, no elude las exigencias de la colegialidad ni altera el régimen de responsabilidad, sin perjuicio de que deba reconocerse su viabilidad»; MARÍN DE LA BÁRCENA GARCIMARTÍN, F., *La acción individual...*, cit., pp. 210-212.

⁴³⁶ Vid., VICENT CHULIÁ, F., *Las cuentas anuales...*, cit., pp. 132-134; OLMEDO PERALTA, E., *La responsabilidad contable...*, cit., pp. 214-222. En general, sobre la responsabilidad de los apoderados y directores generales, *vid.*, *infra*, Parte Segunda, Capítulo IV.

en tanto compuesto por miembros del Consejo, no plantea dudas la responsabilidad de los miembros del Comité como miembros del órgano de administración por las decisiones o acuerdos adoptados por el pleno del Consejo fundamentado en la información (correcta) recibida del Comité.

El Comité de Auditoría no es un órgano delegado, sino un órgano con labores de supervisión de los sistemas de control interno de la situación financiera y de información tanto al Consejo como a la Junta⁴³⁷, por lo que resulta complejo determinar cuál es el régimen de responsabilidad a que se encuentran sometidos los miembros del Comité por los actos lesivos realizados en el ámbito de las funciones específicamente atribuidas al mismo. No podemos en este momento detenernos en esta cuestión con la profundidad que la complejidad de la misma requeriría. Simplemente referir que se propone la aplicación del régimen general de responsabilidad del Consejo, si bien restringido a los miembros del Comité, de tal manera que los miembros del mismo responderían de manera solidaria por los actos lesivos realizados en el desempeño de funciones propias, siendo, asimismo, de aplicación los criterios de exclusión de la solidaridad contenidos en el artículo 237 LSC⁴³⁸.

En segundo lugar, también hay que precisar la influencia que la actuación del Comité puede tener en la responsabilidad de los consejeros externos al Comité (a) por las actuaciones desempeñadas por el mismo y (b) por los acuerdos adoptados confiando en la información aportada por el Comité. En cuanto al primero de los supuestos, parece razonable, en principio, que el Consejo no sea responsable por el incumplimiento lesivo de funciones legal o estatutariamente asignadas en exclusiva al Comité, *siempre y cuando hayan desplegado la diligencia oportuna en la constatación de la idoneidad técnica de los miembros que nombren para conformar el Comité*⁴³⁹. En cambio, habría que considerar la posibilidad de imputar responsabilidad al órgano de administración ante la inacción en el cese⁴⁴⁰ de los miembros del Comité de Auditoría que resulten

⁴³⁷ Dispone el II.3.6 del *Informe Olivencia* que los cometidos básicos del Comité de Auditoría consisten, fundamentalmente, en «evaluar el sistema de verificación contable de la sociedad, velar por la independencia del auditor externo y revisar el sistema de control interno». Sobre las funciones del Comité de Auditoría, SÁNCHEZ CALERO, F., «Líneas generales...», *cit.*, pp. 208-211.

⁴³⁸ SÁNCHEZ CALERO, F., «Líneas generales...», *cit.*, pp. 215-216.

⁴³⁹ Cfr. disp. adic. 18ª.2 LMV. Sobre el nombramiento, VELASCO SAN PEDRO, L.A., «El Comité de Auditoría», *cit.*, pp. 1107-1108.

⁴⁴⁰ Cfr. VELASCO SAN PEDRO, L.A., «El Comité de Auditoría», *cit.*, pp. 1109-1110, quien considera que para garantizar la independencia del Comité conviene exigir justa causa para el cese de sus miembros.

manifiestamente incompetentes para el desempeño de las funciones asignadas⁴⁴¹. Las mismas conclusiones son aplicables a los acuerdos que el Consejo adopte confiando en la información suministrada por el Comité. La aceptación de una *regla de confiabilidad* se habrá de sustentar en una correcta elección de los miembros del Comité, así como en una fiscalización del cumplimiento de sus funciones⁴⁴². Por último, el Consejo sí que podrá ser responsable cuando omita el nombramiento del propio Comité o cuando interfiera o impida el correcto desempeño por parte de éste de sus funciones⁴⁴³.

3. Delegación y responsabilidad. El establecimiento de un sistema informativo adecuado entre el Consejo y los delegados

3.1. Introducción. El establecimiento de un sistema informativo adecuado

Tras lo expuesto en el apartado anterior, huelga decir que, siempre y cuando los estatutos no dispusieren lo contrario, las funciones distintas a las recogidas en el artículo 249 bis LSC son, en principio, susceptibles de ser delegadas⁴⁴⁴. Sin embargo, es

⁴⁴¹ Parcialmente en contra, SÁNCHEZ CALERO, F., «Líneas generales...», *cit.*, pp. 216-217, que considera que el Consejo podrá responder por culpa *in eligendo*, pero no *in vigilando*: «a diferencia de lo que acontece en el caso de los consejeros delegados, no cabe hablar de responsabilidad por el deber de vigilancia, y de intervención por parte de los miembros no ejecutivos del Consejo (...). Con relación a las funciones atribuidas por la ley al Comité de auditoría, no cabe hablar de ese deber de vigilancia por parte del resto de los consejeros ajenos al mismo, dada la independencia de la que goza (o al menos debe gozar) ese Comité». En cambio, entiende VELASCO SAN PEDRO, L.A., «El Comité de Auditoría», *cit.*, pp. 1122-1123 que, si se comprende el Comité como un «mecanismo de apoyo o asistencia al Consejo (...) con independencia de cómo ejerza sus funciones el Comité, el Consejo mantendría su responsabilidad colectiva en relación con la correcta formación de las cuentas anuales, el sistema de control interno y la debida colaboración con los auditores de cuentas». Ello no obsta, recuerda el autor, a la aplicación de las exoneraciones individuales previstas en la Ley ni a una posible redistribución interna de la responsabilidad según la implicación efectiva en la causación del daño.

⁴⁴² PAZ-ARES RODRÍGUEZ, C., «La responsabilidad de los administradores...», *cit.*, p. 90.

Sin embargo, plantea ALONSO UREBA, A., «Diferenciación de funciones (supervisión y dirección) y tipología de consejeros (ejecutivos y no ejecutivos) en la perspectiva de los artículos 133.3 (responsabilidad de administradores) y 141.1 (autoorganización del Consejo) del TRLSA», en RODRÍGUEZ ARTIGAS, F. *et alt. (dir.)*, *Derecho de sociedades anónimas cotizadas*, T. II, Thomson-Aranzadi, Madrid, 2006, pp.846-847 si «la organización de la supervisión creando instancias especializadas como son las comisiones, no sólo debe tener trascendencia a efectos de la exoneración individual de administradores sino que, en determinados casos, debe jugar como elemento determinante de la exclusión ab initio de la solidaridad respecto de los demás consejeros ajenos a las comisiones».

⁴⁴³ SÁNCHEZ CALERO, F., «Líneas generales...», *cit.*, pp. 217.

⁴⁴⁴ Además de la norma recogida en la LSC, la posibilidad de delegar todas las facultades no sometidas a prohibiciones legales o estatutarias se contiene en el art. 149.1 RRM, que, en relación con la inscripción del acuerdo de delegación establece que «deberá contener bien la enumeración particularizada de las facultades que se delegan, bien la expresión de que se delegan todas las facultades legal y estatutariamente delegables». Sin embargo, a pesar de su aparente sencillez, esta cuestión no está exenta de matices. En relación con las llamadas *funciones de gestión*, se ha discutido antes de la reforma de la LSC la delegabilidad de las funciones de organización societaria interna y, específicamente, del propio

necesario destacar dos ideas. En primer lugar, el Consejo nunca pierde las funciones delegadas y mantiene el control sobre los órganos delegados, siendo responsable último de la gestión de la sociedad en su conjunto⁴⁴⁵. En consecuencia, en relación con todas las funciones delegables es necesario el establecimiento de un sistema que establezca un flujo informativo adecuado entre el Consejo y los órganos delegados permitiendo una correcta monitorización por parte del órgano en pleno de la labor de los delegados (*monitorización habitual*). La adecuación habrá de depender de la naturaleza de las funciones delegadas y de la propia actividad de la empresa. En cualquier caso, la monitorización deberá intensificarse en el supuesto de que la sociedad se encuentre en situación de dificultades financieras (*monitorización cualificada*).

En consecuencia, de manera paralela a lo defendido anteriormente en relación con el estándar de administración diligente en la empresa en crisis, el sistema de información/monitorización de los delegados que se establezca deberá responder a dos variables. Primera, a la naturaleza de las funciones delegadas o contenido de la delegación, especialmente relevante en el supuesto de delegación permanente (cfr. art. 249.2 LSC)⁴⁴⁶: independientemente de la situación financiera de la sociedad, a mayor riesgo de las actividades delegadas, mayor debe ser el nivel de supervisión del

órgano de administración. Cfr., en contra de limitaciones no contenidas en el texto legal, IGLESIAS PRADA, J.L., *op. cit.*, p. 201, esp. nota 17; POLO, E., *op. cit.*, pp. 478-479. A favor de limitaciones derivadas de la propia naturaleza de determinadas funciones de organización, RODRÍGUEZ ARTIGAS, F., «La delegación de facultades...», *cit.*, pp. 101-102; SÁNCHEZ CALERO, F., *Los administradores...*, *cit.*, pp. 619-620; SALELLES CLIMENT, J.R., «Comentario al artículo 249», *cit.*, p. 1802; MARTÍNEZ SANZ, F./NAVARRO MÁÑEZ, M., *op. cit.*, pp. 1642-1643. En el ámbito de las *funciones de representación* y su eficacia externa o meramente interna, la discusión, fundamentada en la interpretación del art. 76 LSA 1951, evolucionó primero con la entrada en vigor del LSA y, posteriormente, con la entrada en vigor de la LSC, así como con la modificación del art. 124 RRM. Al respecto, en vigencia del LSA, *vid.*, ESTEBAN VELASCO, G., «Modalidades de atribución y ejercicio del poder de representación», en AAVV, *Derecho mercantil de la Comunidad Económica Europea. Estudios homenaje a José Girón Tena*, Civitas, Madrid, 1991, pp. 319-321; POLO, E., «Comentario al artículo 141», *cit.*, pp. 481-482; RODRÍGUEZ ARTIGAS, F., «La delegación de facultades...», *cit.*, pp. 102-104.

⁴⁴⁵ Por todos RODRÍGUEZ ARTIGAS, F., «La delegación de facultades...», *cit.*, p. 99.

⁴⁴⁶ MARTÍNEZ SANZ, F./NAVARRO MÁÑEZ, M., *op. cit.*, pp. 1638-1639: «la delegación de facultades, en sentido propio, será siempre “permanente” (en el sentido de estar dotado de estabilidad y continuidad) (...) y a ella han de entenderse opuestas las “delegaciones temporales” o, mejor, circunstanciales o concretas, que no exigirían esa mayoría cualificada».

En relación con la delegación permanente, ya enseñaba GIRÓN TENA, J., *Derecho de sociedades anónimas...*, *cit.*, p. 367: «Cuando la Ley habla de delegación permanente, no debe entenderse que los titulares de la delegación se independicen en el tiempo del Consejo, de manera que, apartándose de él, constituyan administradores en relación directa con la Junta General; la palabra *permanente* ha de interpretarse conjuntamente con la que le precede –*delegación*– y debe, por tanto, querer decir que se atribuye una cierta esfera de autonomía de decisiones, sin necesidad de deliberación del Consejo, pero, siempre, con subordinación a éste y dejando a salvo la responsabilidad del mismo por la delegación». El texto citado mantiene toda su vigencia, porque lo relevante sigue siendo lo mismo: *subordinación y responsabilidad*. Resulta, sin embargo, complejo el equilibrio entre *autonomía y subordinación*.

delegante. Segunda, ante una situación de crisis, el órgano de administración tiene, necesariamente, que intensificar la vigilancia y, de ser necesario, recuperar el control de las funciones delegadas.

3.2. La responsabilidad del Consejo como órgano delegante

El estudio de la responsabilidad del Consejo como órgano delegante parte debe partir, en nuestra opinión, de la siguiente premisa: «la división del trabajo, cualquiera que fuese, no excusa la subordinación al Consejo, ni a éste de la vigilancia de las funciones delegadas; se dará, ciertamente, una responsabilidad primaria de los delegados en el margen de su cometido, pero, además, se dará la del Consejo por la vigilancia debida»⁴⁴⁷.

En aplicación de lo anterior, en el específico supuesto de la gestión en estado de crisis, el Consejo no sólo responde por la correcta elección de los miembros de los órganos delegados que hayan sido designados bien antes, bien durante, la concurrencia de dicha coyuntura, sino también por las consecuencias que la gestión realizada por los delegados de la crisis haya producido -bien por acción, bien por omisión- siempre y cuando no se haya establecido un sistema de supervisión idóneo entre los delegados y delegante⁴⁴⁸. Así, la falta de conocimiento -tanto del estado de crisis como de las medidas tomadas durante la gestión de la misma- no puede exonerar al Consejo de responsabilidad por las actuaciones realizadas por sus delegados en el marco de las funciones y competencias que les hayan sido encomendadas, *siempre y cuando el sistema de vigilancia y control establecido por el Consejo carezca de idoneidad*. La idoneidad del sistema habrá de modularse dependiendo de las funciones encomendadas a los delegados, de la misma manera que se modula el criterio de diligencia⁴⁴⁹.

Ahora bien, consideramos necesarias determinadas precisiones en relación con el régimen de responsabilidad, en general, y, específicamente, ante la delegación de funciones. A pesar de las recientes reformas del régimen de deberes y responsabilidad de los administradores (cfr., en especial, arts. 225 y 236) la imputación de

⁴⁴⁷ GIRÓN TENA, J., *Derecho de sociedades anónimas...*, cit., p. 368.

⁴⁴⁸ En términos generales, MARÍN DE LA BÁRCENA GARCIMARTÍN, F., *La acción individual...*, cit., pp. 220.

⁴⁴⁹ ESTEBAN VELASCO, G., «Responsabilidad civil...», cit., pp. 5914; PAZ-ARES RODRÍGUEZ, C., «La responsabilidad de los administradores...», cit., p. 90.

responsabilidad se realiza al órgano de administración, como *centro unificado de decisión (funciones y competencias)*⁴⁵⁰ (cfr. art. 237). Como órgano –especialmente cuando se configura en forma de Consejo– la valoración de la culpabilidad resulta extremadamente compleja (complejidad que se traslada a la apreciación de la culpa desde el punto de vista del hipotético demandante, a quien puede resultar excesivamente gravoso el deslindar la culpa por comisión u omisión de la culpa por vigilancia o control). Por tanto, al órgano se atribuyen *necesariamente de manera unificada* las consecuencias jurídicas que se derivan de la suma de todos y cada uno de los comportamientos de sus miembros *individualmente considerado*. Aunque, por expresarlo de una manera sencilla, *el órgano no es culpable por ejecución ni por vigilancia, ya que simplemente es un mecanismo jurídico de imputación*, ante la necesidad de la existencia de órganos pluripersonales que presentan esta complejidad, la Ley recurre a una solución pragmática: si las decisiones gestoras se atribuyen al órgano, siendo estas actuaciones antijurídicas y el daño derivado de tal actuar objetivamente imputable al órgano⁴⁵¹, el juicio *individual* de imputación subjetiva se excluye inicialmente⁴⁵². Es en un plano interno donde se valorará la ausencia de culpa individual

⁴⁵⁰ Como dispone QUIJANO GONZÁLEZ, J., «Responsabilidad de los consejeros», *cit.*, p. 576, la actuación *se atribuye* al órgano, en consecuencia, la responsabilidad *se extiende* a todos sus miembros. En el mismo sentido, MARÍN DE LA BÁRCENA GARCIMARTÍN, F., *La acción individual...*, *cit.*, pp. 199-200.

⁴⁵¹ «La imputación objetiva (*imputatio facti*) del daño es un escalón previo a la imputación subjetiva (*imputatio iuris*) del hecho dañoso al responsable (...)» (PANTALEÓN PRIETO, F., «Causalidad e imputación objetiva: criterios de imputación», *Centenario del Código Civil (1889-1989)*, T. II, ed. Centro de estudios Ramón Areces, Madrid, 1990, p. 1562, nota 3.

⁴⁵² Esta *exclusión del juicio de imputación subjetiva individual* se ha definido como una suerte de *establecimiento de una presunción de culpa colectiva derivada de la imposición de la responsabilidad solidaria*. Vinculando la solidaridad, necesariamente, a la existencia de comportamiento colegiado, QUIJANO GONZÁLEZ, J., *La responsabilidad civil...*, *cit.*, pp. 249-253; ALONSO UREBA, A., «Presupuestos de la responsabilidad...», *cit.*, pp. 691 ss. (para quien «la solidaridad implica la presunción de culpa de todos y cada uno de los administradores y supone, por tanto, una inversión de la carga de la prueba respecto de dicho supuesto [la ausencia de culpa] de la responsabilidad», ahora bien, entiende que «el establecimiento legal de la solidaridad y la consiguiente presunción de culpa de los administradores se basa en consideraciones puramente pragmáticas en función de la distinta situación de partida de las partes afectadas (...) toda vez que estos últimos [los administradores] disponen de una amplia información (...) difícilmente accesible por terceros y socios, que además tienen un limitado derecho de información (...). Esta justificación práctica de la solidaridad opera, por tanto, al margen del concepto de *collegium* y concurrencia en la gestión, base según la doctrina dominante de la solidaridad»). Posteriormente, en el contexto de sociedades que organicen su administración, mediante el recurso a la delegación, diferenciando la función supervisora del delegante de la función directora o gestora del delegado, ídem, «Diferenciación de funciones...», *cit.*, pp. 838-839.

Entiende MARÍN DE LA BÁRCENA GARCIMARTÍN, F., *La acción individual...*, *cit.*, p. 201, que «más que ante una regla sobre solidaridad en la responsabilidad nos encontramos ante una *presunción de imputabilidad*: la extensión de la responsabilidad solidariamente se basa en una presunción *iuris tantum* de incumplimiento (antijuridicidad) referida a los comportamientos personales de todos los componentes del órgano. No estamos, por tanto, ante una “presunción de culpa colectiva” (...) sino ante una presunción de antijuridicidad-imputación objetiva».

de los miembros del órgano, y donde aflorarán las diferenciaciones entre la culpa por ejecución y al culpa por vigilancia, ahora, en cierto modo, expresadas en el art. 225.1 *in fine*.

La carga de la prueba de la culpabilidad del órgano que pesa sobre el demandante⁴⁵³ y consiste en la prueba de la falta de diligencia en relación con las competencias que se atribuyen al órgano de administración; diligencia cuya faceta como título de imputación subjetiva se funda en su contenido objetivo: en tanto la diligencia implica el cumplimiento de la Ley, los estatutos y los deberes propios del cargo, el incumplimiento por parte del órgano de cualquiera de estos tres elementos debería permitir presumir la falta de diligencia. De tal manera que probada la conducta antijurídica se presumiría la falta de diligencia como criterio de imputación subjetiva, y, en consecuencia, la culpabilidad de la conducta. Con posterioridad a la prueba del comportamiento antijurídico⁴⁵⁴, debería ser el administrador, individualmente considerado, el que tuviera que demostrar su diligencia en su comportamiento *intraorgánico*, es decir, como miembro del órgano, para lo que se podría servir de las cláusulas de exoneración establecidas en el artículo 237 LSC, que han de ser comprendidas no sólo como una falta de concurrencia fáctica del elemento de la colegialidad que impone la responsabilidad solidaria, sino como un mecanismo de prueba de la ausencia de culpa individual⁴⁵⁵. Sin embargo, tras la reforma se presume expresamente sólo la culpa en el supuesto de acto contrario a la Ley o a los estatutos sociales. En consecuencia, el demandante tendrá que probar la culpa en el caso de incumplimiento de los deberes inherentes al desempeño del cargo.

⁴⁵³ En este sentido, PAZ-ARES RODRÍGUEZ, C., «La responsabilidad de los administradores...», *cit.*, pp. 92-93: «No obstante, de esta previsión no puede extraerse, como se hace a menudo, la conclusión de que el *onus probandi* esté invertido en materia de responsabilidad de los administradores. (...) una cosa es la prueba de la responsabilidad del órgano y otra, muy distinta, la prueba de la responsabilidad de sus miembros. Lo único que previene el [derogado] art. 133.2 LSA es que, una vez probada la responsabilidad del órgano, se presume la responsabilidad de sus miembros. Pero de esta presunción secundaria, justificada por la dificultad de verificar *a posteriori* las deliberaciones de un cuerpo colegiado, no puede inferirse una presunción primaria. La carga de la prueba de la responsabilidad del órgano ha de asignarse con arreglo a los principios generales ya vistos, que necesariamente conducen a poner a cargo del demandante la prueba de la culpa y de la infracción de los deberes de diligencia de los administradores demandados».

⁴⁵⁴ Ya destacaba MARÍN DE LA BÁRCENA GARCIMARTÍN, F., *La acción individual...*, *cit.*, p. 188, nota 81 la «eficacia indiciaria de la antijuridicidad».

⁴⁵⁵ Ampliamente, QUIJANO GONZÁLEZ, J., *La responsabilidad civil...*, *cit.*, pp. 254-275; al respecto de las causas de exoneración en la regulación actual, ídem, «Comentario al artículo 237», en ROJO, A./BELTRÁN, E. (dirs.), *Comentario de la Ley de Sociedades de Capital*, T. II, Civitas, Navarra, 2011, pp. 1703-1707. Cfr. § 93.2 AktG.

Es decir, ante un Consejo de Administración con funciones delegadas, desde una óptica *extraorgánica*, el responsable por los resultados dañosos que del actuar antijurídico en la gestión societaria se deriven, bien sea frente a la sociedad, frente a los socios o frente a terceros, tanto por la vigilancia, como por la ejecución, es el órgano de administración⁴⁵⁶, que nunca pierde la competencia legal de todas las funciones que tiene atribuidas, mientras que retiene, necesariamente, la función general de control de la marcha de la sociedad y de los órganos delegados, en tanto subordinados⁴⁵⁷. Este planteamiento en un primer momento, puede parecer excesivamente rígido y formalista. Como la vigilancia se despliega internamente mientras que la ejecución tiene proyección externa, aparentemente, la relación de causalidad entre el acto y el daño se concretará en la ejecución, en tanto desde esta óptica estrictamente formal, el ente delegado simplemente es un ente conformado por miembros del órgano de

⁴⁵⁶ En nuestra doctrina, al respecto de la responsabilidad del órgano delegante por los actos de los delegados, *vid.*, a favor de un mayor rigor en la apreciación de la responsabilidad del delegante, IGLESIAS PRADA, J.L., *op. cit.*, pp. 358-364; RODRÍGUEZ ARTIGAS, F., *Consejeros delegados...*, cit., pp. 388-404; ALONSO UREBA, A., «Presupuestos de la responsabilidad...», cit., pp. 717-725; MARÍN DE LA BÁRCENA GARCIMARTÍN, F., *La acción individual...*, cit., pp. 219-221.

Contra, QUIJANO GONZÁLEZ, J., *La responsabilidad civil...*, cit., pp. 297-304, 334-335 (*culpa propia por concurrencia en la responsabilidad del daño causado*); ESTEBAN VELASCO, G., «La renovación...», cit., pp. 181-183 (quien aboga por una reforma legal que permita una adaptación del régimen de responsabilidad acorde a la estructura del órgano); PAZ-ARES RODRÍGUEZ, C., «La responsabilidad de los administradores...», cit., pp. 90-91 («Una división del trabajo correctamente establecida debería operar de “cortafuegos” de la responsabilidad, y así viene entendiéndolo la doctrina más atenta. Esto significa que la responsabilidad de cada cual ha de enjuiciarse atendiendo a su actuación individual cuando se le hubieran asignado funciones en forma personal», y en nota 77: «en atención justamente a la regla de la colegialidad que la justifica, la regla de la solidaridad sólo opera horizontalmente y, en ningún caso, puede extenderse en vertical, a los órganos delegados orgánicamente –consejeros delegados y comisiones ejecutivas- o contractualmente»); SÁNCHEZ CALERO, F. *Los administradores...*, cit., p. 606 («porque los delegados, titulares de una esfera de competencia en la gestión de la sociedad, deben ser responsables de sus propios actos; problema diverso es la responsabilidad de los miembros del Consejo por la falta de vigilancia o de intervención respecto a ese acto lesivo conocido por ellos»).

⁴⁵⁷ El Consejo siempre conserva, incluso en supuestos de creación de delegados, el «núcleo esencial del proceso de gestión, es decir, la determinación de la política general de la sociedad y la programación de la actividad de gestión, en las cuales radica el poder de decisión que caracteriza al empresario» (RODRÍGUEZ ARTIGAS, F. *Consejeros delegados...*, cit., p. 435).

administración⁴⁵⁸. El Consejo se presenta desde un punto de vista externo como un órgano único que conserva el poder de dirección societario⁴⁵⁹.

Ahora bien, ciertamente, la delegación de funciones implica una «ruptura del esquema de funcionamiento colegiado», al trasladar a los delegados un ámbito, más o menos amplio, de las funciones de ejecución de la gestión⁴⁶⁰. En consecuencia, desde un punto de vista *intraorgánico*, la división de funciones de supervisión y ejecución entre el pleno y los delegados no puede considerarse irrelevante. *Imputadas en un primer plano al órgano de administración las consecuencias dañosas de actuaciones antijurídicas realizadas por algunos de sus miembros –los delegados–* la modulación de la diligencia teniendo en cuenta la naturaleza del cargo y las funciones encomendadas, así como la correcta aplicación de las causas de exclusión de la culpa permitirán la exoneración de los miembros del pleno que ejerzan la supervisión, fundamentada en un desconocimiento de los actos realizados por los delegados o una omisión en la evitación del daño u oposición al acto *no culposo*⁴⁶¹.

Esta interpretación facilita, asimismo, la determinación o modulación del *quantum* indemnizatorio. Partiendo de la base de que las circunstancias intraorgánicas no afectan a la responsabilidad solidaria desde el punto de vista externo, cabe plantearse si existen motivos que permitan una redistribución interna de la indemnización. Desde nuestro

⁴⁵⁸ En relación con determinadas propuestas de gobierno corporativo de organización interna del Consejo, QUIJANO GONZÁLEZ, J., «Responsabilidad de los consejeros», *cit.*, p. 576: «la adopción de fórmulas de organización interna (...) no altera la función del órgano (...) como centro unificado de imputación de actividades, decisiones o acuerdos en que se va materializando el desarrollo de las atribuciones de la administración social. La organización interna (...) no debe tener, en consecuencia, relevancia externa, fuera del órgano que la ha establecido, ni siquiera cuando le venga, en mayor o menor grado, impuesta por decisiones de otro órgano a través de cláusulas estatutarias o de acuerdos de la Junta General a que los estatutos se remitan».

⁴⁵⁹ ALONSO UREBA, A., «Presupuestos de la responsabilidad...», *cit.*, p. 721: «Los administradores delegados no son independientes el Consejo en su cometido, sino que están subordinados al mismo en virtud precisamente de la delegación, permitiendo ésta una cierta autonomía de decisión que, sin embargo, no impide la subordinación. El órgano administrativo sigue siendo el mismo, de manera que tanto si actúa el Consejo, como si lo hacen los administradores delegados, ello se imputa al mismo órgano administrativo de la sociedad (...)».

⁴⁶⁰ QUIJANO GONZÁLEZ, J., *La responsabilidad civil...*, *cit.*, p. 285.

⁴⁶¹ QUIJANO GONZÁLEZ, J., «Responsabilidad de los consejeros», *cit.*, pp. 578. Tradicionalmente. ALONSO UREBA, A., «Presupuestos de la responsabilidad...», *cit.*, pp. 717-718. No obstante, ídem, «Hacia un modelo monista revisado de administración de la SA cotizada como opción al modelo dualista», en ALONSO LEDESMA, C./ALONSO UREBA, A./ESTEBAN VELASCO, G. (dirs.), *La modernización del Derecho de sociedades de capital en España. Cuestiones pendientes de reforma*, T. I, Aranzadi, Pamplona, 2011, pp. 635-636.

En cambio, MARÍN DE LA BÁRCENA GARCIMARTÍN, F. *La acción individual...*, *cit.*, p. 203, considera que las causas de exoneración son «supuestos legalmente tipificados de exclusión de la imputación objetiva del comportamiento de los administradores que no intervinieron en la producción del daño».

punto de vista, consideramos que se debe partir de que no hay ningún motivo por el cual el que conoce y consiente no deba responder como el que ejecuta. No hay ningún motivo tampoco, al menos no legal, por el que el que culposamente desconoce no deba ser responsable como si hubiera conocido. En conclusión, entendemos que, aunque sean admisibles redistribuciones internas cuando resulte probada la diferente intervención en el hecho dañoso –lo que deberá dejarse a la discrecionalidad del juez ante el análisis del caso concreto⁴⁶²– se deberá partir de la regla de que todos los miembros del órgano de administración no exonerados individualmente responden internamente de manera proporcional⁴⁶³.

Este enfoque de la responsabilidad del delegante resulta acorde, en primer lugar, con el literal del artículo 236, que no establece, hasta el momento, diferenciación alguna. Resulta también acorde con la propia naturaleza del órgano que, a pesar de las posibles interpretaciones de la diferenciación de funciones entre el Consejo en pleno y los órganos delegados –sobre todo en sociedades abiertas–, sigue siendo un órgano de administración, y no, exclusivamente, de vigilancia⁴⁶⁴. También respeta el literal del artículo 237, que establece la responsabilidad solidaria de *todos los miembros del órgano que adopta el acuerdo o realiza el acto lesivo*. Si se considera que la delegación no implica la existencia de un nuevo órgano, *stricto sensu*, la imputación de los actos realizados por los delegados habrá de ser *al órgano*⁴⁶⁵.

⁴⁶² ALONSO UREBA, A., «Presupuestos de la responsabilidad...», *cit.*, p. 722; QUIJANO GONZÁLEZ, J., «Responsabilidad de los consejeros», *cit.*, p. 582; ídem, «Comentario al artículo 237», *cit.*, p. 1703.

⁴⁶³ Para QUIJANO GONZÁLEZ, J., *La responsabilidad civil...*, *cit.*, p. 253, este es el reparto debido sólo en la medida en que no sea posible «constatar la contribución personal de cada miembro a la decisión conjunta y al subsiguiente daño».

⁴⁶⁴ RODRÍGUEZ ARTIGAS, F., «La delegación de facultades...», *cit.*, p. 95: «la posibilidad de un sistema dualista de administración establecido por vía estatutaria tropieza inexcusablemente con la regulación legal de las facultades del Consejo, que es, esencialmente, un órgano de administración y no de vigilancia, y, sobre todo, de su responsabilidad, regulación que en ningún caso, puede ser modificada o alterada por los Estatutos». PAZ-ARES RODRÍGUEZ, C., «La responsabilidad de los administradores...», *cit.*, p. 90, sobre la *progresiva consolidación del modelo de supervisión* y su relación con una posible *moderación del alcance subjetivo de la responsabilidad por negligencia*, manifiesta: «Esta circunstancia no significa, obviamente, que hayan de separarse radicalmente las responsabilidades (...). Pero es indiscutible que determina la necesidad de modular sus deberes de diligencia en atención a su distinto papel en el consejo». Y en nota a pie, p. 90 n° 75 concreta: «La ventaja del sistema monista configurado de conformidad al modelo de supervisión radica precisamente en que separa las funciones, pero no escinde las responsabilidades, y como fácilmente se advierte, la vía más efectiva para hacer efectivo el control consiste en responsabilizar de la gestión al propio órgano de administración».

⁴⁶⁵ Expresamente en contra, SÁNCHEZ CALERO, F., *Los administradores...*, *cit.*, p. 338, que considera que la existencia de un órgano delegado, en el marco de los actos y acuerdos dañosos por él adoptados, puede determinar la inaplicabilidad de la regla de la solidaridad a los miembros del órgano en su conjunto, limitándose a los miembros del órgano delegado.

Por último, las diferenciaciones o matizaciones fundamentadas en la existencia de delegaciones que se hagan al régimen de responsabilidad habrán de afectar a las causas de exoneración que el propio artículo 237 LSC regula. No deberá considerarse causa de exoneración suficiente la demostración del desconocimiento del acto lesivo—y, por tanto, la incapacidad de los administradores no ejecutivos de evitar u oponerse a su ejecución— fundamentado *simplemente* en el hecho de que la actuación se corresponda a un ámbito funcional delegado. Será, desde esta óptica, necesaria la demostración de la existencia de un sistema de control idóneo así como el cumplimiento diligente de las exigencias que dicho sistema imponga⁴⁶⁶.

Concluyendo, consideramos que esta tesis es la que exige una comprensión adecuada del deber de diligencia⁴⁶⁷, que, en el escenario descrito, se concreta en un deber amplio de información y vigilancia, exigible del Consejo, en tanto retiene, al margen de lo no delegado, el núcleo esencial de las funciones y competencias gestoras⁴⁶⁸. Lo contrario puede, en la práctica, facilitar al administrador no ejecutivo un escudo protector ante la falta o incorrección de la información recibida por parte del ente delegado en supuestos en que, de facto, no funciona el sistema de información establecido o el mecanismo de control/auditoría de esa información⁴⁶⁹. Ello no debe impedir la admisión de cierto grado de «confianza» en la gestión de los delegados y la información que se recibe de ellos. Ahora bien, desde nuestro punto de vista la regla ha de ser, más bien, la contraria, es decir, una especie de *principio de desconfianza*. El que delega en otras funciones propias y esencialmente arriesgadas debe mantenerse alerta y «desconfiante» de su actuación⁴⁷⁰. Las ventajas que proporciona la delegación, que permite al Consejo confiar una parte de la gestión a determinados miembros del mismo conlleva, por

⁴⁶⁶ Las causas de exoneración son, en definitiva, expresiones o concreciones del deber de diligencia. Cfr. QUIJANO GONZÁLEZ, J., «La responsabilidad de los administradores por la no disolución de la sociedad y las causas de exoneración», *RdS*, 19/2002, p. 82.

⁴⁶⁷ Tradicionalmente, ALONSO UREBA, A., «Presupuestos de la responsabilidad...», *cit.*, p. 723. Más recientemente, ALONSO UREBA, A., «Hacia un modelo...», *cit.*, pp. 629-630.

⁴⁶⁸ QUIJANO GONZÁLEZ, J., *La responsabilidad civil...*, *cit.*, pp. 311-313; MARÍN DE LA BÁRCENA GARCIMARTÍN, F., *La acción individual...*, *cit.*, p. 204.

⁴⁶⁹ Ampliamente, sobre la responsabilidad por *culpa in vigilando*, QUIJANO GONZÁLEZ, J., *La responsabilidad civil...*, *cit.*, pp. 311-320.

⁴⁷⁰ No estamos en contra de lo establecido por PAZ-ARES RODRÍGUEZ, C., «La responsabilidad de los administradores...», *cit.*, p. 90: «Es preciso (...) sentar una regla de confiabilidad en la información interna, en cuya virtud los administradores no incurrirán en responsabilidad cuando adopten decisiones atendiendo a la información, opiniones y prestaciones de comisiones y consejeros delegados, directivos y empleados de la sociedad, cuya competencia y credibilidad no ofrezcan (...) razones para la duda». Simplemente consideramos que hay que tener cuidado de no «pecar de exceso de confianza».

expresarlo de manera sencilla, el inconveniente de exigir una vigilancia acorde⁴⁷¹. La aplicación de esta regla se torna de vital importancia en el contexto de la crisis empresarial⁴⁷².

3.3. La responsabilidad de los delegados

En principio, nada hemos de añadir a lo que la doctrina ya ha establecido en relación con la actuación del delegado en cuanto a su diligencia gestora. Al margen de su posición como miembro del órgano delegante, en su ámbito competencial y con la autonomía de que dispone, pesan sobre el delegado los mismos deberes que sobre todo administrador⁴⁷³. Ahora bien, en tanto su posición depende de las funciones encomendadas, estas funciones modulan la diligencia que le es exigible, habiendo de resultar acorde⁴⁷⁴. A diferencia de lo que sucede con los restantes miembros del órgano, para quienes la responsabilidad derivada de la ejecución de actuaciones propias de competencias delegadas les afecta por la imputación al órgano conforme lo expuesto en el apartado anterior, en relación con el delegado tal imputación, se corresponde, además, con la *relación de causalidad apreciada desde una óptica fáctica*⁴⁷⁵. En cierto modo, se

⁴⁷¹ Como destaca SALELLES CLIMENT, J.R., «Comentario al artículo 249», *cit.*, p. 1800: «El derecho y deber de información de estos miembros [del consejo] en relación con la actuación de los delegados (art. 225.2), como manifestación del deber general de administrar que les corresponde, alcanza al conocimiento pleno de los asuntos tratados y de las decisiones que puedan adoptar los órganos delegados. Los miembros del consejo tienen derecho a asistir e intervenir en las sesiones de la comisión ejecutiva. La forma en que se regule el ejercicio de este derecho no puede desvirtuar su alcance. En las sociedades cotizadas en que el recurso a la delegación tiene un carácter estructural éste ha sido un aspecto que ha merecido una atención específica. Puede destacarse en este sentido que en relación con la administración de las sociedades cotizadas se afirma en el Código Unificado de Buen Gobierno la necesidad de que el consejo en pleno conozca en su integridad las decisiones adoptadas por la comisión delegada. A tal fin se recomienda que todos los miembros del consejo reciban copia de las actas de las sesiones de la comisión delegada (Rec. 43ª CUBG). Se destaca también la importancia de la evaluación de la tarea desarrollada por los órganos delegados, recomendando que el presidente del consejo organice y coordine su evaluación (Rec. 16ª CUBG)».

⁴⁷² SCARLINO, D., *op. cit.*, pp. 264-270 destaca el hecho de que resulta crucial cómo la información sobre la posible insolvencia tiene que llegar de los órganos delegados a los órganos de gestión. En la medida en que los delegados, cumpliendo los deberes generales relativos a la delegación tienen que mantener un flujo de información hacia los órganos delegantes, la información sobre la inminencia de la insolvencia ha de encuadrarse en aquella que debe ser ofrecida a los Consejos en cumplimiento de los deberes de información que pesan sobre los órganos delegados.

⁴⁷³ RODRÍGUEZ ARTIGAS, F., *Consejeros delegados...*, *cit.*, p. 382.

⁴⁷⁴ Entre otros, IGLESIAS PRADA, J.L., *op. cit.* pp. 351-352; LLEBOT MAJÓ, J.O., *Los deberes de los administradores...* *cit.*, pp. 87-88; SALELLES CLIMENT, J.R., «Comentario al artículo 249», *cit.*, pp. 1797-1798.

⁴⁷⁵ En cierto modo, esta paradoja la resuelve IGLESIAS PRADA, J.L., *op. cit.* p. 351, considerando que «la responsabilidad recae sobre las personas físicas, no sobre los órganos sociales».

produce la ficción jurídica de que el delegado responde «en primera persona» por la ejecución del acto dañoso, y «como miembro del órgano» por la ausencia de vigilancia y control del delegado. En tanto no se puede resarcir dos veces el mismo daño, es necesario excluir una de las responsabilidades.

Cuando el comportamiento activo u omisivo del delegado haya sido culposo a pesar de que los restantes miembros del órgano de administración hayan desplegado en el control de los delegados la diligencia debida, el delegado no podrá excluir su culpa individualmente considerada, mientras los restantes miembros del órgano sí, lo que se traduce, claro está, en la responsabilidad sólo de los delegados, adaptándose, en definitiva, el régimen de responsabilidad orgánica a la realidad de las atribuciones funcionales intraorgánicas.

Ahora bien, sí que es necesario realizar una precisión. El daño que se produce a sociedad, socios o terceros está causalmente vinculado a la actuación de un órgano *que se sirve del delegado para actuar*. Por lo que, a la hora de valorar la imputación subjetiva *al órgano* habrá que tener en cuenta cómo se realizó la conducta dañoso, es decir, la valoración de la diligencia desempeñada como parámetro para valorar la culpabilidad del administrador en el desempeño de la actividad de gestión encomendada⁴⁷⁶.

3.4. La influencia del órgano encargado del nombramiento en el régimen de responsabilidad. ¿Exclusión de la culpa *in eligendo*?

Lo expuesto en el apartado anterior habrá de matizarse cuando el órgano delegante no sea el Consejo de Administración. El primer inciso del artículo 249.1 LSC dispone que *cuando los estatutos de la sociedad no dispusieran lo contrario*, el Consejo podrá *designar de entre sus miembros* a uno o varios Consejeros Delegados o Comisiones Ejecutivas. En primer lugar, sintetizando las posibilidades de configuración estatutaria de órganos delegados –delegación que, como es sabido, sólo cabe en el supuesto de haber optado por el Consejo como órgano de administración⁴⁷⁷– son la (1) **ausencia de**

⁴⁷⁶ Sobre la concreción del deber de diligencia de los delegados en relación con la valoración de la culpabilidad, RODRÍGUEZ ARTIGAS, F., *Consejeros delegados...*, cit., pp. 383-387; también, QUIJANO GONZÁLEZ, J., *La responsabilidad civil...*, cit., pp. 289-293.

⁴⁷⁷ Lo cual se deriva de la propia esencia del instituto de la delegación, como instrumento para la gestión diaria de la sociedad, fluidez que según la estructura de la sociedad en cuestión puede resultar difícil de exigir del Consejo actuando en pleno. Así, RODRÍGUEZ ARTIGAS, F., *Consejeros delegados...*, cit., pp.

disposición alguna al respecto (lo que no afecta a la capacidad del Consejo de delegar facultades *ex art. 249 LSC*, pero incapacita a la Junta de socios para acordar delegaciones de facultades⁴⁷⁸), (2) la **exclusión de la posibilidad de delegación**⁴⁷⁹, (3) la **delegación estatutaria**⁴⁸⁰ (determinando tanto la obligación de la delegación como los órganos específicos que se hayan de crear), (4) la **atribución a la Junta General** de la competencia para acordar la delegación de facultades así como la designación de los miembros de los órganos delegados⁴⁸¹ y, por último, (5) la mera **reiteración** de la competencia del Consejo⁴⁸².

A la vista de lo expuesto, cabe la posibilidad de que los delegados sean nombrados por el Consejo o por la Junta. Pero, además, la doctrina parece admitir el nombramiento de los titulares del cargo en el acto de constitución⁴⁸³.

La relevancia del órgano que nombra al delegado a los efectos de nuestro estudio se limita a su influencia en el régimen de responsabilidad. En el supuesto de que el delegado no haya sido nombrado por el Consejo, el criterio de imputación subjetiva no podrá ser la culpa *in eligendo*, no resultando afectadas la culpa *in instruendo* o *in*

170-171, 185. Analizando y descartando la posibilidad de delegación en el supuesto de administradores mancomunados, con fundamento en la representación imperativamente conjunta que impone a este tipo de órgano el RRM a diferencia de lo que sucede para el consejo de administración [cfr. art. 124.1 c) y art. 124.1 d)], MARTÍNEZ SANZ, F./NAVARRO MÁÑEZ, M., *op. cit.*, p. 1634.

⁴⁷⁸ RODRÍGUEZ ARTIGAS, F., «La delegación de facultades...», *cit.*, p. 96; SALELLES, J.R., «Comentario al artículo 249», *cit.*, p. 1797, la ausencia de disposición al respecto incapacita a la Junta para acordar delegaciones de facultades.

⁴⁷⁹ Al respecto, RODRÍGUEZ ARTIGAS, F., «La delegación de facultades...», *cit.*, p. 96: «La prohibición estatutaria vincula al Consejo de una forma absoluta, de modo que cualquier decisión de este órgano encaminada a delegar sus funciones sería considerada nula por ir en contra de lo dispuesto en los Estatutos».

⁴⁸⁰ No parece que la doctrina entienda que la derogación del art. 124.1 e) excluya la delegación estatutariamente impuesta. En este sentido con posterioridad a la reforma operada en 1996, MARTÍNEZ SANZ, F./NAVARRO MÁÑEZ, M., *op. cit.*, p. 1635; SALELLES, J.R., «Comentario al artículo 249», *cit.*, p. 1797.

⁴⁸¹ A favor, IGLESIAS PRADA, J.L., *op. cit.*, pp. 165-166; RODRÍGUEZ ARTIGAS, F., *Consejeros delegados...*, *cit.*, pp. 275-276; ESTEBAN VELASCO, G., «Configuración...», *cit.*, pp. 371-372, SALELLES, J.R., «Comentario al artículo 249», *cit.*, p. 1797. En contra, POLO, E., *op. cit.*, pp. 473-474. También críticos con la capacidad de la junta de nombrar a los titulares de los órganos delegados, por la relevancia que pueda tener a efectos de responsabilidad, MARTÍNEZ SANZ, F./NAVARRO MÁÑEZ, M., *op. cit.*, pp. 1635-1636.

⁴⁸² La autorización de la junta es irrelevante, en tanto la facultad de delegar corresponde al Consejo *ex lege* (RODRÍGUEZ ARTIGAS, F., «La delegación de facultades...», *cit.*, p. 95).

⁴⁸³ IGLESIAS PRADA, J.L., *op. cit.*, pp. 163-164; RODRÍGUEZ ARTIGAS, F., *Consejeros delegados...*, *cit.*, pp. 275-276. Para POLO, E., *op. cit.*, pp. 472-473, esta opción sólo resultará admisible cuando todos los que van a ser administradores sean, a su vez, socios.

*vigilando*⁴⁸⁴. Sin embargo, conviene recordar que, aunque no se pueda recurrir a la culpa *in eligendo* como criterio de imputación subjetiva, ello no exime al Consejo de la necesaria vigilancia de los mismos, y la diligencia debida exige del mismo, en el supuesto de que la revocación dependiera de la Junta⁴⁸⁵, que informe a ésta en el supuesto de que el delegado no sea adecuado o no realice de manera adecuada las funciones encomendadas⁴⁸⁶. A pesar de lo anterior, en el supuesto de nombramiento por la Junta, la imposibilidad de que el Consejo revoque a los delegados restringe, necesariamente, su margen de actuación, en tanto no puede suprimir la delegación ni recuperar para sí las funciones delegadas⁴⁸⁷. En cualquier caso, la exclusión de la culpa *in eligendo* no exime a los administradores de hacer todo lo posible para evitar que se produzcan daños derivados de la actuación de los delegados⁴⁸⁸.

E. La aplicación de la *business judgment rule* a la hipótesis de estudio

1. Las decisiones arriesgadas como presupuesto

La *business judgment rule* (en la traducción más extendida, *regla del juicio empresarial*) nace como regla para la protección de la discrecionalidad empresarial, fundamentada en la presunción de que los administradores respetan los deberes fiduciarios que pesan sobre ellos. Específicamente, la regla –en la aplicación originaria realizada por los tribunales del estado de Delaware– presume, *iuris tantum*, que cuando los administradores adoptan decisiones empresariales lo hacen de manera informada, de buena fe y persiguiendo el mejor interés de la sociedad. La presunción actúa –protegiéndose la decisión de toda valoración de procedencia y razonabilidad y, en consecuencia, al administrador de toda responsabilidad por las consecuencias de la

⁴⁸⁴ RODRÍGUEZ ARTIGAS, F., *Consejeros delegados...*, cit., pp. 276.

⁴⁸⁵ La revocación de los delegados nombrados en el acto constitutivo será competencia del órgano que tenga atribuida la facultad de delegar (RODRÍGUEZ ARTIGAS, F., «La delegación de facultades...», cit., p. 112).

⁴⁸⁶ RODRÍGUEZ ARTIGAS, F., *Consejeros delegados...*, cit., pp. 276.

⁴⁸⁷ Como dice RODRÍGUEZ ARTIGAS, F., «La delegación de facultades...», cit., p. 106: «La facultad de delegar, es decir, de crear los cargos delegados y dotarles de competencia, lleva implícita la de modificar la estructura de esos órganos así como sus funciones o, incluso la supresión de la delegación. La competencia para esta modificación o supresión se regirá por las mismas normas y principios expuestos al tratar del ejercicio de la facultad de delegar». Por tanto, «si la Junta general es competente en materia de delegación, por disposición de los Estatutos, la modificación o supresión requerirá el acuerdo de este órgano en la medida en que afecte a su competencia».

⁴⁸⁸ RODRÍGUEZ ARTIGAS, F., «La delegación de facultades...», cit., p. 108

decisión tomada- siempre y cuando la actuación de los gestores que pueda considerarse racionalmente adoptada⁴⁸⁹.

Hasta el momento, la *business judgment rule* no había encontrado acogida normativa en nuestro ordenamiento. Sin embargo, esta situación cambió en la última reforma operada en la LSC. En su nueva redacción, el artículo 226.1 dispone: «En el ámbito de las decisiones estratégicas y de negocio, sujetas a la discrecionalidad empresarial, el estándar de diligencia de un ordenado empresario se entenderá cumplido cuando el administrador haya actuado de buena fe, sin interés personal en el asunto objeto de decisión, con información suficiente y con arreglo a un procedimiento de decisión adecuado»⁴⁹⁰.

⁴⁸⁹ Los *Principles of Corporate Governance* del American Law Institute establecen en la secc. 4.01c): «A director or officer who makes a business judgment in good faith fulfills the duty under this Section [duty of care] if the director or officer: (1) is not interested [§ 1.23] in the subject of the business judgment; (2) is informed with respect to the subject of the business judgment to the extent the director or officer reasonably believes to be appropriate under the circumstances; and (3) rationally believes that the business judgment is in the best interests of the corporation». Según se dispone en el comentario a la sección, «[t]he term “rationally believes” has both an objective and a subjective content. A director or officer must actually believe that the business judgment is in the best interests of the corporation and that belief must be rational».

Al respecto, por todos, BLOCK, D.J./BARTON, N.E./RADIN, S.A., *The Business Judgment Rule: Fiduciary Duties of Corporate Directors*, Aspen Law & Business, New York, 2009, pp. 40-44.

⁴⁹⁰ La falta, hasta la fecha, de reconocimiento legislativo no había impedido que nuestra doctrina se hubiera encargado de la cuestión. Así, por ejemplo, PAZ-ARES, C., «La responsabilidad de los administradores...», *cit.*, pp. 87-89 (ya abogando por su disposición); de manera sintética, RODRÍGUEZ ARTIGAS, F., «El deber de diligencia», *cit.*, p. 432; también, LLEBOT MAJÓ, J.O., *Los deberes de los administradores...cit.*, pp. 72-85.

Por el contrario, sí que se había acogido la regla en otros ordenamientos continentales. Como ejemplo, en el caso de la AG, la cuestión de la discrecionalidad en las decisiones empresariales (*Ermessen bei Unternehmerischen Entscheidungen*) se regula en el § 93.1 AktG, inciso segundo, cuando se dispone: «Eine Pflichtverletzung liegt nicht vor, wenn das Vorstandsmitglied bei einer unternehmerischen Entscheidung vernünftigerweise annehmen durfte, auf der Grundlage angemessener Information zum Wohle der Gesellschaft zu handeln». Por tanto, se establece que no existe incumplimiento del deber de diligencia cuando la administración adopta una decisión empresarial que, de manera razonable, podía suponer beneficiosa la para la sociedad sobre la base de una información adecuada. Se considera que esta norma responde a una necesidad de flexibilización del *estricto* deber de diligencia establecido en el primer inciso del mismo parágrafo («Die Vorstandsmitglieder haben bei ihrer Geschäftsführung die Sorgfalt eines ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsleiters anzuwenden») [por todos, MERTENS, H.J./CAHN, A., *Kölner Kommentar zum Aktiengesetz*, §§ 76-94 AktG, Band 2/1, 3. Auflage, Heymanns, Köln, 2010, pp. 677-678]. En el caso de la GmbH, la doctrina también entiende que los administradores, en materia de gestión empresarial, han de contar con cierto margen de discrecionalidad. Pero se considera que la *business judgment rule* del *Vorstand* no se puede aplicar fácilmente a los administradores de la GmbH, ya que las decisiones empresariales en esta sociedad están mucho más vinculadas a la confianza de los socios, a diferencia del *Vorstand* en la AG, que tiene, en cambio, un margen mayor de actuación. Así, SCHMIDT, K., *Gesellschaftsrecht*, 4. Auflage, Heymanns, Köln-Berlin-Bonn-München, 2002, p. 1079. Este mismo autor (SCHMIDT, K., *Gesellschaftsrecht*, *cit.*, p. 1068) explica que es una especialidad del derecho orgánico de la GmbH la mayor sujeción del órgano de administración a las instrucciones de los socios (*Weisungsabhängigkeit*) que constituyen el órgano supremo, conservando, en todo momento, el poder de instrucción, siempre que las instrucciones no sean contrarias a la ley, a diferencia de lo que

Expuesta de manera sintética la regla, es necesario realizar una salvedad. Este trabajo no puede aspirar a realizar un análisis en profundidad de la tan compleja cuestión de la *business judgment rule*. La referencia que se hace a esta regla y su aplicación se limita a las que podríamos llamar, «decisiones empresariales excesivamente arriesgadas»⁴⁹¹. A nuestros efectos, definimos como «decisiones empresariales excesivamente arriesgadas» aquellas medidas –bien concretas o determinadas, bien estrategias empresariales en un sentido más general o amplio- que suponen la asunción por parte de la sociedad –y, por extensión, aunque sea de manera indirecta, por parte de aquellos que tienen interés en la misma- de niveles de riesgo excesivos o excepcionales, valorándose el exceso de riesgo atendiendo a dos variables: la naturaleza de la decisión y/o el contexto en que se adopta. En concreto, aplicadas a nuestro supuesto de estudio –la crisis empresarial- se plantean dos supuestos: (a) decisiones excesivamente arriesgadas que *generan* una situación de crisis (asunción de riesgos innecesarios) y (b) decisiones arriesgadas en el contexto de la crisis (gestión arriesgada en crisis *vs* gestión conservadora). En ambos supuestos nuestra hipótesis exige que las decisiones gestoras conduzcan a un agravamiento de la situación de crisis o, incluso, generación de insolvencia.

Es importante destacar que lo anterior no debe llevar a la confusión de considerar toda decisión que genera un daño como una decisión en exceso arriesgada, ni toda decisión en que se asumen riesgos –algo connatural a la propia actividad empresarial- como enjuiciable, conduciendo a una limitación perniciosa del margen de discrecionalidad de los administradores⁴⁹². En definitiva, como se acaba de exponer en el párrafo anterior, el *exceso de riesgo* dependerá de la propia naturaleza de la actuación y/o el contexto de dificultades en que se despliega⁴⁹³.

sucede en la AG, donde el poder del *Vorstand* de gestionar la sociedad bajo su responsabilidad exige la necesaria conservación de su independencia en relación con la Junta (cfr. § 76.1 AktG).

⁴⁹¹ Sobre cómo las especialidades que, en general, caracterizan a las «decisiones empresariales» fundamentan que los administradores *no deban soportar un deber de cuidado muy estricto*, FLEISCHER, H., «La “business judgment rule” a la luz de la comparación jurídica y de la economía del derecho», *RDM*, 246/2002, pp. 1731-1732.

⁴⁹² Entre otros, ESTEBAN VELASCO, G., «Responsabilidad civil...», *cit.*, p. 5913; JUSTE MENCÍA, J./IGARTUA ARREGUI, F., *op. cit.*, p. 85; LLEBOT MAJÓ, J.O., «Los deberes y la responsabilidad...», *cit.*, pp. 34-35. En contra de «la determinación de la infracción del deber de diligencia atendiendo al grado del riesgo asumido por la sociedad a causa de la actividad desarrollada por los administradores», en tanto produce una sustitución material de las decisiones empresariales de los administradores por las opiniones de los jueces, LLEBOT MAJÓ, J.O., *Los deberes de los administradores... cit.*, pp. 78-79.

⁴⁹³ La alusión a la naturaleza de la operación y al contexto en que se realiza no deja de concretar las operaciones que se han manifestado más problemáticas en el supuesto de la crisis. Expresamente, en relación con el riesgo empresarial como criterio de cuantificación de la diligencia, recuerda HERNANDO

2. Problemas de aplicación de la regla en un contexto de crisis empresarial

En primer, consideramos que en el supuesto de decisiones *excesivamente arriesgadas* que hubieran generado la situación de crisis empresarial⁴⁹⁴, la *business judgment rule* no resultará aplicable en tanto pueda entenderse que, a la vista del riesgo excesivo asumido, *la decisión ha de considerarse irracional*⁴⁹⁵. Evidentemente, no podemos ni debemos obviar que, precisamente, uno de los motivos alegados a favor de la aplicación de la *business judgment rule* es que la búsqueda del mejor interés de los socios exige

CEBRIÁ, L., *El deber de diligente administración en el marco de los deberes de los administradores sociales. La Regla del –buen– juicio empresarial*, p. 58: «(...) con carácter general, la diligencia exigible se habrá de acomodar a la naturaleza de las *condiciones del tiempo, del lugar y a las circunstancias de las personas* (vid. art. 1.104 Cc.). El comportamiento, por tanto, ha de ser medido conforme al que hubiera tenido un *empresario ordenado y representante leal en dicho sector de actividad, para una empresa y operación similares, y atendidas el resto de circunstancias concurrentes*».

⁴⁹⁴ No debe confundirse este supuesto con el de inaplicación de la regla por contravención de la buena fe por el *derroche del patrimonio social (corporate waste)*, que se produce cuando los administradores deciden realizar gastos, a todas luces, innecesarios desde la perspectiva empresarial. Cfr. HANSEN, C., «The Duty of Care, the Business Judgment Rule, and The American Law Institute Corporate Governance Project», 48 Bus. Law. 1355 (1992-1993), p. 1365; FLEISCHER, H. «La “business judgment rule”...», cit., pp. 1748-1749.

⁴⁹⁵ Según se dispone en el comentario a la sección 4.01c) de los *Principles of Corporate Governance* del American Law Institute, «[t]he term “rationally believes” has both an objective and a subjective content. A director or officer must actually believe that the business judgment is in the best interests of the corporation and that belief must be rational». En este sentido, cita LLEBOT MAJÓ, J.O., *Los deberes de los administradores...* cit., p. 81, el caso *Litwin v. Allen* [25 N.Y.S. 2d 667, 699 (N.Y. 1940)], donde se dice: «(...) was so improvident, so risky, so unusual and unnecessary as to be contrary to fundamental conceptions of prudent banking practice (...)». También HANSEN, C., «The Duty of Care...», cit., p. 1366; al exponer cómo se ha de excepcionar la aplicación de la regla ante conductas *exageradamente irracionales (egregious conduct exception)* alude a «reckless indifference to or a deliberate disregard of the stockholders», y explica: «the conduct must go beyond the simply unreasonable, and must be a flagrantly bad exercise of business judgment when measured against what a reasonably prudent businessperson would have done». Citando al juez Veasey, GOLD, A., «A Decision Theory Approach to the Business Judgment Rule: Reflections on Disney, Good Faith, and Judicial Uncertainty», 66 Md. L. Rev. 398 (2006-2007), pp. 413-414: «[i]rrationality is the outer limit of the business judgment rule. Irrationality may be the functional equivalent of the waste test or it may tend to show that the decision is not made in good faith, which is a key ingredient of the business judgment rule».

A diferencia de lo que sucede en el ámbito norteamericano, los ordenamientos continentales vinculan la aplicación de la regla a la razonabilidad, no a la racionalidad. Cfr. GUERRERO TREVIJANO, C., *La business judgment rule. El deber de diligencia de los administradores de sociedades de capital*, Tesis Doctoral. Universidad Complutense de Madrid. Facultad de Derecho, Madrid, 2013, pp. 185-188, esp. p. 187: «Lo racional se define como “perteneciente o relativo a la razón” y, de manera general, se entiende que una decisión es racional cuando respeta las reglas de la lógica y se inspira en principios de eficiencia, coherencia y sinceridad. Por su parte, la idea de razonable aparece en el derecho como componente común de conceptos jurídicos indeterminados tales como el de la “diligencia debida” y, cuyo contenido es variable en función de las circunstancias de cada caso. Mientras que las nociones de “razón” y “racionalidad” se vinculan a criterios bien conocidos de la tradición filosófica, como las ideas de verdad, coherencia y eficacia, lo “razonable” está ligado a un margen de apreciación admisible y a lo que parece socialmente aceptable. La razonabilidad se define, por lo tanto, como “sentido común” ante determinadas circunstancias, en tanto que lo racional aparece más como una solución lógica de manera general. Lo razonable depende de elementos ambiguos, no está formalizado ni mecanizado y, lo racional es la lógica general aplicable a las situaciones».

cierto margen de asunción de riesgos⁴⁹⁶. Sin embargo, la aplicación del criterio de la racionalidad, exige la exclusión del ámbito de actuación de la regla de aquellas decisiones que, por su propia naturaleza, conlleven la asunción de un riesgo inusual o innecesario⁴⁹⁷.

Pero, además, en cuanto a las decisiones en que el exceso de riesgo viene determinado por el contexto en que se asumen, consideramos que cuando la sociedad se encuentra ya en un marco preconcursal, se plantea una situación particular en que el interés de los socios puede motivar una perniciosa asunción excesiva de riesgos.

La postura que se adopte en relación con la aplicación de la regla una vez la sociedad ya se encuentra en una situación de dificultades financieras exige recordar lo que se ha expuesto en el segundo capítulo de esta tesis, al hablar del interés social en la crisis y del posible cambio de los beneficiarios del mismo. Como se ha dicho, a favor de la disposición de la *business judgment rule* se ha alegado que es en el *mejor interés de la sociedad* (que debemos entender, en situación de normalidad, como de los socios) permitir la asunción de cierto margen de riesgos⁴⁹⁸. Por tanto, habría que plantear cómo afecta la concurrencia de la crisis (y la modificación que, en consecuencia, hemos decidido que se produce en la composición de dicho interés) en este ámbito⁴⁹⁹.

A nuestro entender, la cuestión no plantea mayores problemas cuando la sociedad *es insolvente*⁵⁰⁰. Así, en el supuesto español la regla debe modularse en interés de los acreedores a partir del momento en que la sociedad se encuentra en estado de insolvencia, *aún cuando no haya solicitado el concurso, con independencia de que se*

⁴⁹⁶ Así, por ejemplo, GHEZZI, F., «I “doveri fiduciari” degli amministratori nei “Principles of Corporate Governance”», *Rivista delle società*, 41/1996, pp. 500-501; FLEISCHER, H. «La “business judgment rule”...», cit., p. 1730-1731.

⁴⁹⁷ La ponderación de la racionalidad en los supuestos de decisiones arriesgadas merece un tratamiento por grupos de casos que no puede desarrollarse en este momento.

⁴⁹⁸ Sobre la interpretación del interés social en el contexto de la regla, HERNANDO CEBRIÁ, L., *El deber de diligente administración...*, cit., pp. 138-140.

⁴⁹⁹ Entiende VICARI, A., «I doveri degli organi sociali...», cit., pp. 130-131 que «[i]n un contesto di crisi no si ravvisano ragioni normative per derogare alla disciplina ordinaria che considera diligente la ricerca del profitto e per imporre, invece, agli amministratori di agire in un’ottica puramente conservativa. Tanto in caso di perdita del capitale e di crisi no vi è, inoltre, nemmeno motivo di disapplicare la business judgment rule nel valutare come gli amministratori abbiano reagito allo stato di difficoltà». También GROSS-BROWN, S., «Deberes de administradores en el derecho comparado: El deber de diligencia y el business judgment rule», *RdS* 37/2011, pp. 319-320, entiende que los administradores sí que se encuentran protegidos en la zona de proximidad de a la insolvencia frente a los acreedores.

⁵⁰⁰ Vid., sobre la cuestión, con amplias referencias a las diferentes corrientes jurisdiccionales, BLOCK, D.J./BARTON, N.E./RADIN, S.A., *op. cit.* pp. 2091-2098.

encuentre aún en plazo para hacerlo tempestivamente. Los intereses que habrá de ser defendidos por los administradores de una sociedad ya insolvente habrán de ser los de los acreedores. La aplicación de la regla y, por tanto, la exclusión del enjuiciamiento de las decisiones de los administradores deberán resistir la prueba de la defensa del interés de los acreedores⁵⁰¹.

Por último, en relación con la aplicación de la regla en contextos de crisis, se ha defendido que «la verificación de una causa de disolución, antes incluso de la apertura formal de la liquidación, puede conectarse fácilmente con el nacimiento a cargo de los administradores de deberes específicos de gestión y *standards* de conducta, orientados a la conservación del patrimonio social y, por tanto, a tutelar a los acreedores frente a decisiones arriesgadas, limitando la discrecionalidad en la gestión, y, por tanto, la operatividad de la *business judgement rule*»⁵⁰².

⁵⁰¹ Sobre la aplicación de la regla en este sentido, MCDONNELL, S.R., «Geyer v. Ingersoll Publications Co.: Insolvency Shifts Directors' Burden from Shareholders to Creditors», 19 Del. J. Corp. L. 177 (1994), pp. 189-195.

⁵⁰² MIOLA, M., «Tutela de los acreedores...», *cit.*, pp. 61-62; en contra, VICARI, A., «I doveri degli organi sociali...», *cit.*, pp. 130-132, que considera que, en el marco italiano, ante la derogación del art. 2449 c.c. y la nueva redacción dada al 2486 c.c. (cuestión ésta que se tratará posteriormente en esta obra, *vid., infra*, Parte Segunda, Capítulo II, B.1), la *business judgment rule* ha de considerarse aplicable en el supuesto de la crisis en tanto los administradores siguen conservando el mismo margen de discrecionalidad gestora. Ahora bien, entiende el autor que, en este escenario de crisis «*il giudizio di razionalità andrà riferito in tutti questi casi, anziché ad uno standard di diligenza parametrato al massimo profitto, alla diligenza richiesta in una situazione in cui gli amministratori devono agire pero conservare, nell'interesse dei soci e dei creditori, l'integrità ed il valore del patrimonio sociale e/o devono superare la insolvenza*».

**PARTE SEGUNDA. DEBERES Y RESPONSABILIDAD DE
ADMINISTRADORES EN LA CRISIS EMPRESARIAL. EN
ESPECIAL, EN TUTELA DE ACREEDORES**

CAPÍTULO I. INTROMISIÓN ILÍCITA Y RESPONSABILIDAD DE LOS ADMINISTRADORES EN EL ÁMBITO DE LA CONTRATACIÓN DE LA SOCIEDAD CON TERCEROS

A. Introducción

En la Parte Primera de este trabajo se ha expuesto cómo el estado de crisis empresarial modula, a nuestro entender, los deberes de lealtad y diligencia, núcleo del estatuto de deberes de los administradores. En la Parte Segunda de esta tesis se completa la exposición del sistema de deberes y responsabilidad de los administradores de sociedades en crisis.

En el Primer Capítulo de esta Parte se estudiará cuál es, a nuestro entender, el comportamiento legalmente exigible al administrador en su gestión de las relaciones contractuales de la sociedad con terceros, cuando la sociedad se encuentra en situación de crisis empresarial. Se analizarán dos supuestos: (1) los deberes precontractuales del administrador, en concreto, el comportamiento que le es exigible en relación con la nueva contratación, deteniéndonos especialmente en el deber de informar sobre la situación financiera de la sociedad, y (2) los deberes contractuales *stricto sensu*, en especial, el comportamiento exigible en relación con el cumplimiento o incumplimiento de contratos ya existentes, fundamentalmente, la elección de incumplimiento de un contrato específico⁵⁰³.

⁵⁰³ Como expone CABANILLAS SÁNCHEZ, A., «Introducción al estudio de los deberes de protección en el derecho de obligaciones», en AAVV, *Homenaje a Luis Rojo Ajuria: escritos jurídicos*, Parte 1, Servicio de publicaciones de la Universidad de Cantabria, Santander, 2002, p. 175, la deuda «no pued[e] concebirse exclusivamente como el deber del deudor de ejecutar la prestación prometida, sino como una situación jurídica compleja –la situación de deuda– donde confluye una pluralidad de deberes, e incluso de facultades. Al lado del deber de prestación, que es el deber central y primario del deudor, aparecen deberes accesorios que sirven de apoyo a la prestación del deudor y la hacen idónea para el logro del fin a que se dirige, y deberes de protección, que ponen de manifiesto cómo en la relación obligatoria, junto al interés fundamental del acreedor a la realización de la prestación (interés de prestación), existe otro interés consistente en que del vínculo no deriven daños para la persona o el patrimonio de cualquiera de las partes de la relación obligatoria (interés de integridad). Se trata de deberes que surgen frente a los peligros derivados del contacto social al que la relación obligatoria debe necesariamente dar lugar. A diferencia de los deberes accesorios, los deberes de protección tienen un contenido autónomo respecto al deber de prestación; de modo que, desde la perspectiva del deudor, estos deberes operan con independencia de que la prestación principal se haya cumplido». Estos deberes se han estudiado tanto desde la perspectiva precontractual (*deberes precontractuales de protección*) como desde la perspectiva

B. Lesión a terceros derivada de la intervención de los administradores en la creación de relaciones jurídicas de la sociedad

1. Introducción. Los deberes informativos precontractuales de los administradores en el ámbito de la contratación con sociedad en crisis

1.1. Aproximación a la relación entre los deberes informativos precontractuales y la doctrina de la culpa in contrahendo

En principio, las negociaciones precontractuales están regidas por el principio de la libertad contractual. Ahora bien, la mera negociación (los llamados *tratos preliminares*⁵⁰⁴) obliga a los futuros contratantes a respetar un conjunto de deberes que suelen identificarse con el deber de negociar de buena fe, el deber de suministrar determinadas informaciones, el deber de protección y el deber de confidencialidad⁵⁰⁵. Nos detendremos en el deber de suministrar determinadas informaciones –o, de manera abreviada, deber de informar-, por la influencia que, como veremos, puede tener en el régimen de responsabilidad de los administradores sociales. En palabras de la mejor doctrina: «La cuestión clave que suscita la fase preparatoria del contrato consiste en dilucidar si, como consecuencia del comportamiento que en ella adoptan las personas entre las cuales los tratos discurren, puede o no derivarse una determinada responsabilidad (responsabilidad precontractual o *culpa in contrahendo*)»⁵⁰⁶.

Cuando dos personas entablan contacto comercial tienen derecho a esperar de la otra un comportamiento honesto. Tomando como punto de partida la obligación del deudor de actuar de buena fe⁵⁰⁷ y a partir de los trabajos de JHERING⁵⁰⁸, la doctrina y

contractual (*deberes contractuales de protección*), como bien nos recuerda el autor, sobre todo por la doctrina alemana.

⁵⁰⁴ En definición de DíEZ-PICAZO, L., *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, T. I., 6ª ed., Civitas, Madrid, 2007, p. 311, los tratos preliminares «son los actos que los interesados y sus auxiliares llevan a cabo con el fin de elaborar, discutir y concertar el contrato».

⁵⁰⁵ DíEZ-PICAZO, L., *Fundamentos...*, T. I, cit., p. 311: a pesar de que en este estadio aún no exista una verdadera relación jurídica, sino una relación social, ello no impide el nacimiento de los citados deberes.

⁵⁰⁶ DíEZ-PICAZO, L., *Fundamentos...*, T. I, cit., p. 314.

⁵⁰⁷ § 242 BGB.- *Leistung nach Treu und Glauben*

Der Schuldner ist verpflichtet, die Leistung so zu bewirken, wie Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte es erfordern.

⁵⁰⁸ El concepto de *culpa in contrahendo* fue planteado por R. JHERING en la obra «Culpa in contrahendo oder Schadensersatz bei nichtigen oder nicht zur Perfektion gelangten Verträgen», en *Jahrbücher für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrechts*, GERBER, C.F.V./JHERING, R. (Hrsg.), Jena, 1861, pp. 1-112.

jurisprudencia alemanas⁵⁰⁹, desarrollaron la responsabilidad por *culpa in contrahendo*, fundada en la idea de que «quien mantiene negociaciones contractuales con otro, acepta ya por ello altos deberes, no sólo los relativos a la omisión de actos lesivos, sino también los relativos a un hacer positivo, siempre que la otra parte pueda, según las circunstancias, esperarlos de él»⁵¹⁰. Se genera, por tanto, en el periodo de la negociación precontractual una suerte de relación jurídica obligatoria de carácter legal entre las partes de la que se derivan deberes determinados⁵¹¹. Concretamente, en relación con los deberes de información, la doctrina alemana señaló como notas que debían concurrir para el nacimiento de la responsabilidad precontractual la antijuridicidad y culpabilidad, determinada la primera como un incumplimiento de la buena fe en sentido objetivo⁵¹² y la segunda conforme a los criterios establecidos en los §§ 276 BGB (*Verantwortlichkeit des Schuldners*) y siguientes⁵¹³.

Como no podría ser de otra manera, el incumplimiento de estos deberes de comportamiento o protección –específicamente en el caso que ahora se estudia, de informar a la contraparte- adquiere relevancia en tanto permita imponer a la parte que incumple alguna suerte de *sanción* jurídica derivada del incumplimiento⁵¹⁴.

En su configuración originaria cuando, por incumplirse concurriendo culpa⁵¹⁵ los especiales deberes que surgen en el proceso de formación del contrato (fase *in*

⁵⁰⁹ Vid., de manera sintética, sobre el desarrollo de la doctrina de la culpa *in contrahendo*, LARENZ, K., *Metodología de la Ciencia del Derecho*, 2ª ed. traducida en Ariel, Barcelona, 2001, pp. 419-421. En nuestra doctrina, ampliamente, sobre el origen y desarrollo de la institución en Derecho alemán, ASÚA GONZÁLEZ, C.I., *La culpa in contrahendo (Tratamiento en el Derecho alemán y presencia en otros ordenamientos)*, Universidad del País Vasco, Bilbao, 1989, pp. 25-52.

⁵¹⁰ LARENZ, K., *Metodología...*, cit., p. 420.

⁵¹¹ BALLERSTEDT, K., «Zur Haftung für culpa in contrahendo bei Geschäftsabschluß durch Stellvertreter», *AcP*, 1950-1951, pp. 505-506. Sobre el carácter legal de esta relación jurídica preparatoria, ASÚA GONZÁLEZ, C.I., *op. cit.*, p. 57-59. Estudiando la cuestión en el ámbito del derecho societario, MARÍN DE LA BÁRCENA GARCIMARTÍN, F., *La acción individual...*, cit., p. 312.

⁵¹² En palabras de Díez-PICAZO, L., *Fundamentos...*, T. I, cit., p. 60, «serie o conjunto de reglas objetivas de la honradez en el comercio o en el tráfico jurídico». Sobre las distintas acepciones de la buena fe, Díez-PICAZO, L., *Fundamentos...*, T. I, cit., pp. 60-65.

⁵¹³ Con referencias a la doctrina alemana en que se fundamenta, ASÚA GONZÁLEZ, C.I., *op. cit.*, p. 43, nota 73.

⁵¹⁴ El término «sanción» se utiliza aquí en su sentido más amplio. Acertadamente, y con interesantes referencias, dice DE LA MAZA GAZMURI, I., *Los límites del deber precontractual de información*, Civitas, Pamplona, 2010, p. 62: «sólo tiene sentido hablar de un deber de informar si su contravención puede determinar la aplicación de una consecuencia jurídica desventajosa para quien lo infringe o, según el uso que se dé a la expresión, de una sanción».

⁵¹⁵ Como señalábamos arriba, recuerda ASÚA GONZÁLEZ, C.I., *op. cit.*, p. 29, que la culpa, en este contexto, «se entiende no tanto como criterio de imputación subjetivo sino que se viene a identificar con la antijuridicidad».

contrahendo), se producía la nulidad del contrato, ello hacía nacer la obligación de indemnizar a la otra parte por los daños sufridos⁵¹⁶. El alcance de los daños resarcibles por *culpa in contrahendo*, se consideraba limitado a los determinados por el interés negativo⁵¹⁷.

ASÚA GONZÁLEZ, respecto al ordenamiento alemán, explica: «Cuando la responsabilidad por CIC se convierte en un principio más general, base, no sólo de reclamaciones por daños sufridos debido a la invalidez contractual, sino también por los experimentados como consecuencia de comportamientos precontractuales no sancionados expresamente por la ley –base legal para pedir– es ineludible asimismo la revisión o redefinición del criterio determinante del importe indemnizatorio, pues los ya existentes no eran satisfactorios. (...) ¿Cuál es, entonces, la pauta aplicada por los tribunales para determinar el *quantum* indemnizatorio? Esta (...) es la establecida en el § 249. Según este precepto, el principio a seguir en la reparación es el de reponer las cosas al estado en el que se encontrarían si la circunstancia que da lugar a la reparación no se hubiera producido. El § 249 sienta un principio básico que resulta de aplicación a todas las obligaciones indemnizatorias. (...) ¿Qué significa reponer las cosas al estado en que estarían si el hecho productor del daño no hubiera acontecido? El acto lesivo es la vulneración del deber precontractual, luego se ha de calcular la situación patrimonial que existiría si el deber no hubiera sido incumplido»⁵¹⁸.

Sin embargo, la construcción anterior dejaba sin indemnizar los daños derivados de incumplimientos de deberes de comportamiento o protección en la fase precontractual

⁵¹⁶ ASÚA GONZÁLEZ, C.I., *op. cit.*, pp. 26-29. Expone la autora, *op. cit.*, p. 26: «La aparente contradicción entre [considerar la acción derivada del contrato] y la nulidad la elimina [JHERING] con la siguiente argumentación: no puede ignorarse que un contrato se ha celebrado, aunque sea nulo; esta nulidad sólo excluye el fin principal del contrato –el cumplimiento–, pero no otra serie de efectos que, como la devolución de la cosa entregada o una indemnización de daños, tienen también su base en el mismo».

⁵¹⁷ Plantea JHERING, *op. cit.*, p. 16, la distinción entre interés contractual positivo o interés de cumplimiento e interés contractual negativo o interés de confianza como criterio determinante del *quantum* indemnizatorio por culpa *in contrahendo*. El primero (*Interesse an der Aufrechterhaltung des Contracts*) viene determinado por el valor de la ejecución del contrato de ser válido (de ahí su denominación como interés *de cumplimiento*), por lo que exige resarcir a la contraparte no culpable por igual valor que el que el contrato le hubiera otorgado de haberse cumplido («*hier würde der Käufer in einem Geldäquivalent alles erhalten, was er in Fall der Gültigkeit des Contracts gehabt haben würde*»). Por su parte, el interés negativo (*Interesse am Nichtabschluß des Contracts*), determinado por la invalidez, limita el resarcimiento a colocar al afectado en la misma posición patrimonial en que se encontraría si nunca hubiera contratado confiando en la validez del contrato («*Hier würde er erhalten, was er haben würde, wenn die äussere Thatsache des Contractsabschlusses gar nicht vorgekommen wäre*»), por eso la denominación como *interés de confianza*. Existe controversia en torno a si el interés negativo se limita sólo a los gastos que la negociación del contrato supuso para la parte perjudicada o si incluyen también el lucro cesante derivado de excluir otras oportunidades de negocio alternativas. En nuestra doctrina, a favor, con apoyo en la obra de JHERING, ASÚA GONZÁLEZ, C.I., *La culpa in contrahendo...*, cit., pp. 27-28. En contra, salvo «casos de responsabilidad precontractual por nulidad del contrato, donde la parte que ha violado los deberes de buena fe, se encuentra obligada al resarcimiento de la pérdida de la ocasión más ventajosa para quien concluyó el contrato fundado en la confianza de la validez del mismo», Díez-PICAZO, L., *Fundamentos...*, T. I, cit., p. 325.

⁵¹⁸ ASÚA GONZÁLEZ, C.I., *op. cit.*, pp. 68-70.

que no afectaran a la validez del contrato. Tal preocupación impulsó el desarrollo de la *Verschulden beim Vertragsschluss* (culpa en la contratación), construcción en que fundamentar la indemnización por incumplimiento culpable de deberes precontractuales de información y cuidado habiéndose concluido un contrato válido o, incluso, con independencia de la celebración o no de un posterior contrato válido⁵¹⁹. Un ejemplo es aquel en que «[l]a parte dañada se encuentra vinculada a un contrato que resulta insatisfactorio y su actitud ante la conformación del mismo habría sido distinta de haber sido informada sobre circunstancias que afectan a la contratación y que para ella resultaban desconocidas; podrá ocurrir esto cuando la otra parte le haya proporcionado datos falsos o bien se haya callado los correctos. Nuevamente nos encontramos con que lo que se le reprocha a uno de los contratantes es no informar, de modo que la antijuridicidad de su comportamiento radica en la inobservancia de una obligación de información precontractual»⁵²⁰. La combinación de esta tesis con la tradicional *culpa in contrahendo* permitió el desarrollo de una doctrina que englobara la responsabilidad derivada de la existencia de comportamientos lesivos durante el proceso de formación del contrato, con independencia de la validez posterior del mismo.

1.2. Circunscripción del análisis al supuesto del administrador societario

En principio, el administrador societario tiene libertad para establecer relaciones contractuales en nombre e interés de la sociedad destinadas al desarrollo del objeto social, que sirve, asimismo, como límite a la actividad de gestión⁵²¹. Y, ya sea en el curso de las negociaciones dirigidas a la conclusión de cualquier contrato como a lo largo de la ejecución del mismo, el administrador, como representante de la sociedad, deberá velar por el respeto de ésta al Ordenamiento Jurídico⁵²².

⁵¹⁹ Analizando el desarrollo de la institución, ASÚA GONZÁLEZ, C.I., *op. cit.*, pp. 40-51.

⁵²⁰ ASÚA GONZÁLEZ, C.I., *op. cit.*, p. 165.

⁵²¹ Por todos, GIRÓN TENA, J., *Derecho de sociedades anónimas...*, cit., p. 359.

⁵²² Pesa sobre el administrador el cumplimiento de los deberes que pesan sobre la sociedad. Como expone MARÍN DE LA BÁRCENA GARCIMARTÍN, F., *La acción individual...*, cit., pp. 100-101: «el titular del cargo, en el desempeño de sus obligaciones orgánicas con eficacia frente a terceros, está sometido al respeto de las normas del Ordenamiento jurídico en general, aunque el centro final de imputación de esas normas (normas externas) es siempre, en un sentido técnico-jurídico, la persona jurídica. Desde este punto de vista, entra dentro de las competencias del titular de la posición de órgano hacer cumplir las obligaciones de la persona jurídica (...), pero sobre la base de que son obligaciones de ésta que, de forma interina, están obligados a desempeñar sus administradores: son “deberes reflejos” del titular de la posición jurídica de órgano; su observancia es un deber que les corresponde autónomamente y es condición para

Las anteriores premisas no varían cuando la sociedad se encuentra en una situación de crisis empresarial. La mera crisis no altera, en línea de principio –lo contrario podría ser incluso contraproducente para la sociedad- la capacidad contractual de la sociedad ni influye en la discrecionalidad gestora de los administradores⁵²³. Por tanto, no se está planteando que la crisis empresarial excluya la capacidad contractual societaria, sino si este específico contexto fáctico determina el nacimiento de determinados deberes de protección a favor de la contraparte contractual de la sociedad; concretamente, si es legalmente exigible, y en qué términos, la comunicación a la contraparte contractual del estado de crisis⁵²⁴.

Como ya se ha adelantado, en la actualidad no se discute la existencia de deberes precontractuales de información, fundamentados en la buena fe y en el uso de los negocios, que exigen que las contrapartes que inician negociaciones tendentes al establecimiento de una relación contractual faciliten en el ámbito de dichas negociaciones información *veraz*, o, al menos, *adecuada al conocimiento que la parte que la suministra tiene al respecto de la información que se facilita*. Ello requiere, en primera instancia, que las partes respondan a las *peticiones expresas de información* que se le formulen, lo cual no exime al informado de un deber de autoprotección o autoinformación (*principio de autorresponsabilidad, carga de informarse*)⁵²⁵. Al margen de estos principios, puede suceder, además, que en determinadas circunstancias

que el ejercicio de sus poderes en el desempeño del cargo sea conforme a Derecho, pero no es condición para que se produzca la imputación de su comportamiento a la persona jurídica».

⁵²³ Como sabemos, la situación varía en el supuesto de que nos encontremos ante una situación insolvencia actual o de disolución obligatoria por pérdidas, ya que, en estos casos, el estado patrimonial de la sociedad determina el comportamiento del administrador, imponiendo un conjunto de actuaciones que se han de realizar *necesariamente*. En cualquier caso, ni la insolvencia actual ni la situación de pérdidas cualificadas elimina la capacidad contractual de la sociedad, sino que impone sobre los administradores un comportamiento determinado por los específicos deberes que surgen cuando concurre alguno de estos dos estados.

⁵²⁴ Como apunta DE LA MAZA GAZMURI, I., *Los límites...*, cit., p. 61, «lo que existe durante la negociación del contrato –en lo que respecta al suministro de información- no es un deber de prestación, sino que se aproxima, más bien, a lo que se ha denominado “deber de protección”, es decir, un imperativo de respetar ciertos intereses jurídicamente protegidos, paradigmáticamente, la libertad contractual o de decisión».

⁵²⁵ Ampliamente, DE LA MAZA GAZMURI, I., *Los límites...*, cit., pp. 327-347 («El principio de autorresponsabilidad exige que cada una de las partes se procure información acerca de las circunstancias o condiciones que son esenciales o relevantes para ella. Desde esta perspectiva, la posibilidad de alegar infracción de un deber precontractual de informar queda determinada por el hecho de haberse comportado diligentemente al momento de procurarse la propia información (...). La racionalidad de imputar los defectos de su declaración a quien pudiendo informarse no lo hizo y padeció un error radica en la presunción según la cual si una persona puede evitar la posibilidad de cometer un error y no lo hace es simplemente porque decide asumir el riesgo de equivocarse»).

exista entre las partes una *situación de específica de confianza que determine la existencia de un especial deber de información a cargo de una o ambas partes*⁵²⁶.

Pues bien, si se entiende que existe un deber que pesa sobre los contratantes de *dar respuesta veraz a las expresas peticiones de información solicitadas por la contraparte*, no debería caber duda en el supuesto que en este capítulo se estudia, de que el administrador, como representante de la sociedad, está obligado cuando contrata en nombre de la misma con un tercero a informar de manera veraz sobre la situación financiera societaria, al menos, en tanto sea preguntado, siempre y cuando no exista un deber de confidencialidad sobre tal información⁵²⁷. Aunque la cuestión es más compleja en ausencia de pregunta⁵²⁸, parece que las exigencias de la buena fe precontractual imponen que «en la negociación de un contrato al menos deben informarse aquellas circunstancias que determinarán el incumplimiento de la prestación de quien calla»⁵²⁹.

El problema se plantea, obviamente, en aquellos casos en que la información, por comprometida, pudiera perjudicar a la sociedad, mermando su capacidad de continuar desarrollando el objeto social en un momento de crisis. ¿Debe el administrador informar, a pesar de que ello pueda dificultar la contratación en un momento determinado y la consecuente acentuación de la crisis, reduciendo, o quizás impidiendo definitivamente, su capacidad de recuperación? Se comenzará el estudio de la cuestión distinguiendo dos escenarios, dependiendo de si el tercero afectado es o no socio.

⁵²⁶ DÍEZ-PICAZO, L., *Fundamentos...*, T. I, cit., pp. 312-313, que pone como ejemplo de esas *situaciones de específica confianza* la relación que existe entre bancos y clientes, empresas que suelen negociar entre sí o el ostentar determinadas condiciones profesionales.

⁵²⁷ Ahora bien, no existe la obligación de informar cuando la pregunta afecte a materias sobre las que el preguntado tiene el derecho (o el deber) de callar (GÓMEZ CALLE, E., *Los deberes precontractuales de información*, La Ley, Madrid, 1994, p. 89).

⁵²⁸ Al respecto, GÓMEZ CALLE, E., *op. cit.*, pp. 88-89 («aún desde el punto de vista de la protección, la misma no queda garantizada si la transmisión de información se supedita a una previa pregunta, ya que quien poco sabe sobre el contrato a celebrar, puede, del mismo modo, saber poco sobre los datos cuyo conocimiento puede ser relevante y sobre los que le interesaría preguntar; de ahí que haya también deberes de informar espontáneamente, para cuya determinación hay que tener en cuenta otros datos»; DE LA MAZA GAZMURI, I., *Los límites...*, cit., pp. 340-341 («si se trata de un secreto superficial [la parte ignorante tiene o puede razonablemente tener conciencia de la falta de conocimiento] quien desee información debe solicitarla. Si se trata, en cambio, de un secreto profundo [la parte ignorante no puede tener conciencia de la existencia de la información] no se puede exigir a la parte ignorante que pregunte por aquella información que desconoce»).

⁵²⁹ DE LA MAZA GAZMURI, I., «Deber de informar, dolo incidental e incumplimiento contractual. Nota a la STS de 11 de julio de 2007», *ADC*, LX/2007, p. 1865.

2. Lesión patrimonial-extrasocietaria al socio derivada de la actuación orgánica del administrador en el contexto de informaciones societarias

A continuación se abordará el supuesto en que el suministro por parte del administrador de información falsa o incorrecta al socio le produce un daño directo de contenido patrimonial. No nos referimos a los supuestos en que la falta de información perjudica al socio en el ámbito intrasocietario a la hora de participar en la adopción de acuerdos sociales, sino a los daños que se produzcan en el patrimonio del socio como consecuencia de decisiones que toma dicho socio fundamentadas de manera determinante en información proporcionada por el administrador⁵³⁰.

Se tratarán supuestos en que el administrador, en el ejercicio de funciones o competencias propias del cargo legalmente establecidas, proporciona información a los socios a título colectivo⁵³¹ y no a título individual o personal⁵³², y siempre limitándonos a comportamientos que tengan lugar en el contexto de la crisis empresarial.

El daño que se produzca en el patrimonio del socio derivado de su confianza en la información recibida del administrador será susceptible de ser reclamado mediante una acción individual de responsabilidad de administradores, siempre y cuando el administrador ocupara respecto del socio en la actuación que produce el daño una posición de garante de la que nace un deber objetivo de cuidado, que, en nuestra hipótesis de estudio, se concreta en el *deber de informar diligentemente sobre la situación financiera de la sociedad*⁵³³. Los supuestos estudiados se fundamentan en la

⁵³⁰ Explica MARÍN DE LA BÁRCENA GARCIMARTÍN, F., *La acción individual...*, cit., pp. 261-272, que existen numerosas situaciones en las que «los socios dependen y confían, inevitablemente, en la información y/o consejo que, de forma directa o indirecta, les proporcionan los administradores para realizar operaciones con sus acciones o participaciones en relación con las cuales pueden sufrir un menoscabo patrimonial que es “daño directo”, pues no deriva del daño patrimonial social (...)». Sobre la *caracterización jurídica* de los diversos deberes de información distintas normas se imponen a los administradores, *vid.*, ESTEBAN VELASCO, G., «Derecho de información del accionista», en AAVV, *Derecho de Sociedades Anónimas*, T. II, vol. 1, Capital y acciones, Civitas, Madrid, 1994, pp. 190-193.

⁵³¹ Puntualiza ALFARO, J., («La llamada acción individual...», cit., p. 73) que en este tipo de operaciones el socio no es estrictamente un tercero, «como podría serlo cuando, por ejemplo, adquiere un automóvil propiedad de la sociedad u otorga una licencia de marca para que la sociedad utilice ésta», sino que es «una parte del contrato de sociedad que se relaciona con todas las demás partes del contrato “uti universi” a través del administrador».

⁵³² En este caso serán de aplicación las normas que se explicarán en el apartado siguiente para el supuesto del tercero no socio.

⁵³³ MARÍN DE LA BÁRCENA GARCIMARTÍN, F., *La acción individual...*, cit., pp. 263-265. Para ALFARO, J., «La llamada acción individual...», cit., p. 74, la responsabilidad de los administradores en este supuesto existe, pero la fundamentación reside no en la existencia de la asunción por parte del administrador de una posición de garante con respecto al socio sino en que cuando los administradores actúan como «gestores del contrato social», y no como «gestores de la empresa social», responde a la voluntad del

idea de que la desinformación es negligente, porque la desinformación dolosa siempre es fuente de responsabilidad para el administrador⁵³⁴. Somos conscientes del riesgo de trasplantar de manera casi automática un debate que se circunscribe a operaciones que realizan los socios que afectan a su posición jurídica de socios, debate que, desde nuestro punto de vista, y al margen de la postura que adoptemos, ha sido analizado con profundidad por nuestra doctrina. Sin embargo, entendemos que no podemos limitarnos a observar al socio *o como socio o como tercero*, porque, de manera inescindible, es ambas cosas.

En el contexto de las relaciones del administrador con el socio que contrata con la sociedad *como tercero*, la posición de garante vendrá determinada por (a) la existencia de una **norma** que establezca dicho deber, (b) la adopción de un **acuerdo** de la Junta General que establezca la obligación de informar o (c) la creación por el propio administrador de una **posición de garante** en su relación con el socio⁵³⁵. Esta ordenación se utiliza de manera típica en relación con daños que se producen en la posición de socio desde un punto de vista *jurídico-patrimonial*. En cambio, nosotros analizaremos decisiones que realiza el socio *estrictamente* como tercero. Pero, como se podrá apreciar, el hecho de que se trate de un tercero *peculiar* que ostenta, a su vez, la posición de socio de la sociedad con que contrata, es una peculiaridad que exige que no se traten los dos supuestos como si se trataran de planos que no se solapan. Así nos serviremos del anterior esquema como sustento también de nuestra exposición,

legislador que «el administrador responda personalmente de los daños que cause a un socio en su función de ejecutor del contrato social y, por el contrario, que *la sociedad no responda indemnizatoriamente de tales daños*. (...) Al fin y al cabo, *son los propios socios* los que encargan a los administradores la gestión del contrato social y no se ven razones que justifiquen que los demás socios deban al socio dañado».

⁵³⁴ Recordemos que, en cualquier caso, si la desinformación es dolosa (incluyendo el dolo eventual) el administrador será responsable del daño causado. En este sentido, DEL OLMO GARCÍA, P., «Responsabilidad por daño puramente económico causado por al usuario de informaciones falsas», *ADC*, LIV/2001, p. 368; en el mismo sentido, MARÍN DE LA BÁRCENA GARCIMARTÍN, F., *La acción individual...*, cit., p. 265.

⁵³⁵ Tomamos la clasificación de MARÍN DE LA BÁRCENA GARCIMARTÍN, F., *La acción individual...*, cit., pp. 263-265. A pesar de que el autor se refiere a daños que se producen en la posición de socio desde un punto de vista *jurídico-patrimonial* y nosotros nos referimos a decisiones que realiza el socio *estrictamente* como tercero, pero tercero que ostenta, a su vez, la posición de socio de la sociedad con que contrata, el esquema sobre el que estructura su discurso el citado autor sirve perfectamente, a nuestro entender, como sustento también de nuestra exposición, precisamente, por la dualidad que el socio asume en la contratación con la sociedad *como tercero*.

precisamente, por la dualidad que el socio asume en la contratación con la sociedad *como tercero*⁵³⁶.

(a) En el primero de los supuestos referidos, **es la propia norma la que genera la posición de garante de la que se deriva el deber de informar diligentemente**⁵³⁷. En el específico campo de la contratación con sociedad en crisis, queremos referir supuestos en los que el socio confía en la situación financiera ofrecida por los administradores *en el cumplimiento de deberes legalmente establecidos*. Como ejemplo especialmente expresivo, pero no único (pensemos en cualquiera de las normas que impone la redacción de un balance), se puede tomar la formulación de cuentas. Nos detendremos en un supuesto que consideramos que puede ser interesante para el caso de sociedades en crisis, tal es la lesión patrimonial de socios (o terceros) derivada de operaciones fundamentadas en información falsa o errónea contenida en las cuentas anuales. Al respecto, se plantea la duda de si el daño producido por la confianza en tal información puede ser reclamada mediante el ejercicio de una acción individual, en tanto reconducible al caso de intromisión lesiva del administrador en la formación de relaciones contractuales de la sociedad con terceros, de concurrir el resto de elementos exigibles para el ejercicio de la acción⁵³⁸. Con fundamento en que la normativa sobre cuentas anuales tiene como finalidad la *protección de intereses generales*, y no de un

⁵³⁶ Entendemos que no es necesario recurrir a la ficción de considerar al socio, en este plano de actuación, como un *tercero que no es parte del contrato en que se presta la información que produce el daño pero que entra en el ámbito de protección del contrato*, protección que se articula, necesariamente, vía responsabilidad extracontractual. Sobre esta cuestión, cfr. DEL OLMO GARCÍA, P., *op. cit.*, p. 368.

⁵³⁷ ESTEBAN VELASCO, G., «La acción individual...», *cit.*, p. 194 [«Cuando el deber de informar se establece en una norma habrá que determinar cuál es el ámbito de protección de la norma (...) y, una vez determinado esto, la mera infracción (culpable o dolosa) de su contenido y la producción de daños coligados a la misma permitirá declarar la responsabilidad de los administradores al amparo del artículo 241. (...)]. Recuerda MARÍN DE LA BÁRCENA GARCIMARTÍN, F., *La acción individual...*, *cit.*, pp. 263-264, que en estos casos «la propia Ley (...) sitúa a los administradores en posición de garante respecto de los daños reconducibles al ámbito subjetivo (círculo de personas protegidas) y objetivo (tipo de daños que trata de evitar) de protección de la norma».

⁵³⁸ Especialmente desde la óptica del derecho de información y no partiendo del análisis de la acción individual, se puede encontrar un análisis de este supuesto en MARTÍNEZ MARTÍNEZ, M., *El derecho de información...*, *cit.*, pp. 493-494. Destacamos la precisión aportada por la autora: «En el supuesto de comunicación culpable por los administradores de informaciones “inexactas” cuyo contenido se sujeta a parámetros normativos más o menos precisos, la acción para el resarcimiento de los daños resultantes, no necesitará fundarse en la violación del derecho de información, sino de manera más apropiada –e indistintamente para socios y terceros–, en el incumplimiento de las normas que determinan cómo deberá ser elaborada y presentada por los administradores. En definitiva, de las normas que, desde diversos sectores –societario, contable, del mercado de valores– obligan a la elaboración y difusión de informaciones sociales “veraces”: es la concreción normativa del deber de “exactitud”, y no del deber de comunicación o difusión en tiempo y forma, el fundamento de la ilicitud de la conducta de los administradores».

grupo específico o determinado de sujetos⁵³⁹, se ha defendido que el daño derivado de la actuación del administrador no le resultaría objetivamente imputable, aunque existiera relación de causalidad entre la negligente elaboración de cuentas y el daño⁵⁴⁰, ya que siendo la fuente de la responsabilidad una norma, el fin de protección de la misma actúa como criterio de exclusión de la imputación objetiva. En este supuesto, si el fin de protección de la norma son los intereses públicos, se habrá de recurrir para la hipótesis que ahora se plantea, a los mismos métodos de imputación de que se dispondría en ausencia de tal norma, es decir, a la combinación de los criterios *adecuación del comportamiento y competencia de la víctima*⁵⁴¹ [(vid. infra c)].

Nosotros consideramos que los daños derivados por la desinformación derivada de documentos contables cuya redacción pesa sobre el administrador es fundamento para la exigencia, de concurrir los restantes elementos necesarios, de responsabilidad vía acción individual⁵⁴². Es cierto es que cuando una norma establece el deber de informar diligentemente tenemos que atender a cuál es el sujeto protegido por la misma. Pues bien, en el caso del socio *actuando como tercero*, entendemos, como se argumentará en relación con la información ofrecida en ejecución de un acuerdo de la Junta General, que no se puede exigir al socio que no confíe en la información que ofrece el administrador, aunque sirva para fundamentar un actuar no relacionado directamente con su participación en el patrimonio social. En cualquier caso, una vez destacada la particularidad existente por el hecho de que la información se reciba *por el socio* pero sea utilizada para su actuar *como tercero*, remitimos este caso al supuesto «c)» expuesto más adelante.

(b) En el caso de la adopción de un **acuerdo de la Junta General que establezca la obligación de informar**⁵⁴³, la primera cuestión que se nos plantea es si se puede considerar al socio presente en la Junta como *tercero afectado por la información*

⁵³⁹ Sobre los sujetos protegidos por la norma, *vid.*, Parte Primera, Capítulo III.

⁵⁴⁰ La controversia se plantea ante una infracción negligente. De ser dolosa, (incluyendo el dolo eventual), siempre sería imputable, porque «el dolo es un criterio general de imputación que opera con independencia del reconocimiento o no de la infracción de un deber objetivo de cuidado» (MARÍN DE LA BÁRCENA GARCIMARTÍN, F., *La acción individual...*, cit., p. 269).

⁵⁴¹ *Vid.*, en este sentido, con ulteriores referencias, MARÍN DE LA BÁRCENA GARCIMARTÍN, F., *La acción individual...*, cit., pp. 268-269. Previamente, de manera más sintética, ALFARO, J., «La llamada acción individual...», *cit.*, p. 73.

⁵⁴² En este sentido, ESTEBAN VELASCO, G., «La acción individual...», *cit.*, pp. 195-196.

⁵⁴³ Por todos, sobre los acuerdos de la Junta General como fuente de las obligaciones del administrador, QUIJANO GONZÁLEZ, J., *La responsabilidad civil...*, cit., pp. 172-183.

derivada del acuerdo si, posteriormente y *como tercero*, contrata con la sociedad confiando en la información recibida en Junta, convirtiéndose, así, en acreedor *extrasocietario* de una sociedad en situación de dificultades financieras⁵⁴⁴.

Supongamos que mediante un acuerdo de Junta se solicita de los administradores información sobre determinada cuestión financiera o patrimonial que influye en la apreciación que el socio tiene de la solvencia de la sociedad. Supongamos que el deber de informar que nace de ese acuerdo se incumple o se cumple defectuosamente. Supongamos, asimismo, que uno de los socios, confiando en la información recibida *como socio*, contrata posteriormente con la sociedad *como tercero*. Si la fuente del deber -y, por tanto, de la responsabilidad derivada del incumplimiento del mismo- es el acuerdo y el ámbito subjetivo de protección del deber son, en principio, los socios, ¿los daños producidos al socio como tercero que contrata con la sociedad pueden imputarse a los administradores vía acción individual?

Es necesario comenzar por señalar que, en línea de principio, *el deber de ejecución del acuerdo legítimo está fuera de duda*. En consecuencia, el incumplimiento del acuerdo que genere daños a la sociedad o los socios (en su posición de socios) será fuente de responsabilidad orgánica⁵⁴⁵. Ahora bien, es necesario plantearse también si la no ejecución o ejecución incorrecta del acuerdo son fuente de responsabilidad (necesariamente vía acción individual, en tanto afectan directamente al patrimonio del socio) de los administradores hacia los socios-terceros. A tal fin, es conveniente realizar determinadas precisiones, lo que exige, a su vez, distinguir dos escenarios: la hipótesis de falta de información y la de información falsa o defectuosa.

En primer lugar, en el supuesto de que los administradores incumplan un acuerdo que determina el deber de informar sobre determinada cuestión financiera de la sociedad, consideramos que el socio-tercero no podrá alegar que de disponer de dicha información no habría contratado, porque *como tercero* no tenía derecho a disponer de dicha información, no pudiendo, por tanto, solicitar el resarcimiento, *desde su posición de tercero*, de daños derivados de no haber dispuesto de la misma. Cuestión distinta serán los daños que produzca el incumplimiento del deber de ejecutar el acuerdo de la Junta

⁵⁴⁴ Decimos *extrasocietario* para distinguir esta relación obligacional de aquella en la que el socio también sea acreedor de la sociedad, pero por derechos que haya adquirido derivados directamente de su posición jurídica de socio (p. ej., dividendos pendientes).

⁵⁴⁵ QUIJANO GONZÁLEZ, J., *La responsabilidad civil...*, cit., pp. 174, 179.

de informar al socio en su posición de tal⁵⁴⁶. Pero el socio no podrá escudarse en que de haber conocido la información no habría, por ejemplo, financiado a la sociedad, además de que entra en la esfera de su autoprotección no contratar si considera que no dispone de toda la información necesaria.

Sin embargo, en el caso de que lo que se proporcione al socio sea una información falsa o defectuosa, será posible exigir el resarcimiento del daño que sufra el socio confiando en esa información mediante el ejercicio de una acción individual de responsabilidad, en tanto pesa sobre el administrador el deber específico de ejecutar el acuerdo diligentemente, no siendo razonablemente exigible desde un punto de vista jurídico, pretender que el socio no resulte influido en su posición de tercero por la información recibida en su posición de socio. En definitiva, consideramos que este supuesto es también reconducible al caso c) que se expone a continuación.

(c) Por último, en el caso de que no exista ni norma ni acuerdo de la Junta General, el deber de informar diligentemente ha de proceder necesariamente de la existencia de un **deber objetivo de cuidado a favor del socio-tercero**, que, por su parte, deriva de la combinación de dos criterios. El primero está a su vez conformado por dos elementos: la «razonable confianza» y la «asunción voluntaria de responsabilidad por la información prestada»⁵⁴⁷.

La «razonable confianza» consiste en entender que existe un deber de cuidado cuando el informante debe prever que el receptor tiene una intención razonable de confiar en la información obtenida como fundamento para su actuación.

Entendemos que desde el momento en que el administrador transmite a un socio o tercero *información de la que dispone por ostentar el cargo de administrador*, genera en el socio-tercero una confianza legítima en que dicha información es cierta, incluso si la información no se deriva específicamente del cumplimiento de una función o competencia propia del cargo. La diligencia del cargo exige que el administrador evite

⁵⁴⁶ Nótese el matiz diferenciador: cuando las operaciones que se realizan ante la falta de información afectan a la posición de socio sí que debe considerarse la posible responsabilidad de los administrador vía acción individual, siempre y cuando concurren los tan citados restantes elementos necesarios para el ejercicio de la acción, especialmente, la vinculación entre la falta de información, la decisión negocial y el daño directo. Desde esta óptica, ESTEBAN VELASCO, G., «Derecho de información...», *cit.*, pp. 245-248. Ampliamente, sobre la violación del derecho de información del accionista y su tutela, MARTÍNEZ MARTÍNEZ, M., *El derecho de información...*, *cit.*, pp. 492-498.

⁵⁴⁷ DEL OLMO GARCÍA, P., *op. cit.*, pp. 338-342.

propagar información falsa o errónea sobre la sociedad, ya sea dolosa o negligentemente.

En definitiva, el socio, como tercero, no tiene derecho a que le proporcionen determinadas informaciones, ni se puede considerar que se incumple un deber de cuidado si no se las proporcionan. Por tanto, no se puede exigir responsabilidad derivada de las operaciones que realice con posterioridad al incumplimiento del acuerdo de informar. Pero si el administrador proporciona al socio determinada información, el socio, en línea de principio, tiene derecho a confiar en la veracidad de la información *societaria* suministrada por un administrador *de la sociedad*⁵⁴⁸.

Sin embargo, se considera que la mera confianza por parte del tercero en la información suministrada, aunque razonable, puede resultar en un sistema de responsabilidad excesivamente estricto. En consecuencia, se adhiere al elemento de la «razonable confianza» el de la «asunción voluntaria de responsabilidad por la información prestada». Este elemento concurre cuando se pueda entender que el emisor asumía voluntariamente la responsabilidad por la información ofrecida; *asunción que no se fundamenta en cuál era la verdadera intención del emisor, sino en si el dañado puede concluir, de manera razonable, que el informante asumía la responsabilidad por la información prestada*. En síntesis, «[l]a cuestión no es, por tanto, saber si una persona prudente habría confiado en la veracidad de la información o el consejo; lo que hay que saber es si una persona prudente habría concluido que la información conllevaba convicción no sólo de la calidad de la misma (lo que parece equivalente a la buena fe), sino además, convicción de estar asumiendo una responsabilidad»⁵⁴⁹.

⁵⁴⁸ Al respecto de las *situaciones de específica de confianza que determinan la existencia de un especial deber de información a cargo de una o ambas partes*, cfr. *supra*, p. 188, nota 526.

⁵⁴⁹ DEL OLMO GARCÍA, P., *op. cit.*, pp. 338-342. Considera MARÍN DE LA BÁRCENA GARCIMARTÍN, F., que aplica al supuesto societario la construcción de DEL OLMO GARCÍA, que nos encontramos ante una expresión de dos criterios de exclusión de la imputación objetiva. El *criterio de exclusión de la imputación objetiva de la adecuación del comportamiento*, donde se integrarían los elementos de la *confianza razonable* (y, por tanto, *previsible* para el administrador) que el destinatario de la información confiaría en la misma, siendo, por tanto, determinante para la adopción de la decisión que causa el daño y (2) que el informante *asumía voluntariamente la responsabilidad de la información prestada*. El segundo es el *criterio de exclusión de la responsabilidad objetiva competencia de la víctima*, que se fundamenta en que el destinatario de la información recibida también tiene que haber empleado la diligencia debida en *autoprotegerse*, es decir, no se puede confiar automáticamente en cualquier información que se recibe. Sobre esta cuestión, MARÍN DE LA BÁRCENA GARCIMARTÍN, F., *La acción individual...*, cit., pp. 264-265, 270-272. Se recogen estas ideas también en ESTEBAN VELASCO, G., «La acción individual...», cit., pp. 196-197.

Por último, a los elementos expuestos necesariamente hay que unir el hecho de que *efectivamente*, la decisión que causalmente produce el daño está motivada por la información recibida, y que no se habría producido de no haber confiado en dicha información y en la asunción de responsabilidad por la misma del informante⁵⁵⁰.

Como se puede apreciar, es en este tercer escenario en el que el socio se comporta como *auténtico tercero*, si obviamos el hecho de la *especial relación de confianza* que puede existir entre socio y administrador, precisamente, por el vínculo societario. Sobre la imputación de responsabilidad a los administradores por el daño producido como consecuencia de actuaciones de los gestores en la fase de negociación de la sociedad con un tercero, se profundizará en el apartado siguiente.

3. Intromisión lesiva en la negociación contractual de la sociedad con un tercero (no socio)

Es necesario volver a resaltar la peculiaridad de la temática que ahora se estudia: el deber de negociar de buena fe recae, en principio, sobre la sociedad como persona jurídica titular de las relaciones contractuales a que se hará referencia, de ahí la particularidad de su inclusión en el régimen de deberes de los administradores aquí expuesto y la complejidad de las distintas construcciones que permiten la imputación de responsabilidad directa a los administradores por el incumplimiento en perjuicio de terceros. En concreto, se estudia a continuación la existencia de un *deber de suministrar información en el ámbito de la contratación* y su posible interpretación como *intromisión lesiva por parte del administrador en la negociación contractual de la sociedad con un tercero mediante la inducción a la contratación con sociedades en situación de crisis*, partiendo de la premisa de que no existe un deber legal expresamente establecido de informar que pese sobre el administrador a favor del tercero contratante.

⁵⁵⁰ Al respecto, expone MARÍN DE LA BÁRCENA GARCIMARTÍN, F., *La acción individual...*, cit., p. 264: «Todo ello tiene una eficacia probatoria del hecho básico sobre el que se fundan este tipo de reclamaciones: que la decisión (...) a quien se le causó el daño vino motivada por la información y no por su libre voluntad (en cuyo caso los daños serían competencia de la víctima) (...). Si era objetivamente razonable que el socio confiase, y así lo hubo de prever el informante, se puede presumir que la decisión la adoptó en base a esa información». Asimismo, ESTEBAN VELASCO, G., «La acción individual...», cit., pp. 196-197.

3.1. Una aproximación a la cuestión en algunos ordenamientos foráneos

3.1.1. Derecho estadounidense

En Derecho estadounidense, cuando los administradores de una sociedad causan un daño directo a los acreedores contractuales o extracontractuales mediando dolo o negligencia, la parte dañada tiene una *acción directa (third party suit)* de responsabilidad por daños (*Tort Law*) frente a los administradores sociales⁵⁵¹.

El supuesto de intromisión lesiva del administrador en la formación de la voluntad contractual de terceros tiene la particularidad de que supone una excepción al principio de Derecho de contratos según el cual el administrador actuando en nombre de la sociedad vincula a la sociedad y no a sí mismo, principio que en este caso cede ante el dispuesto por el Derecho de daños que establece que será responsable el que personalmente produzca el daño. Así, la posición orgánica del administrador no le exime de responsabilidad personal en relación con los acreedores sociales cuando, en el ejercicio de funciones inherentes a su cargo, hubiera incumplido un deber de cuidado que tuviera hacia el acreedor, distinto de los deberes que tiene hacia la sociedad⁵⁵².

En esta línea, el administrador que, mediando dolo o culpa⁵⁵³ hubiera inducido a error a un tercero que contrata con la sociedad en lo relativo al contenido de la negociación, podrá ser considerado personalmente responsable del daño producido al tercero derivado del incumplimiento del deber general de cuidado que le es exigible⁵⁵⁴, deber de cuidado que es posible que los administradores tengan hacia terceros con los que la sociedad no esté vinculada⁵⁵⁵. En consecuencia, se supera el recurso a la doctrina de la

⁵⁵¹ Por todos, KNEPPER, W.E., *Liability of Corporate Officers and Directors*, 3ª ed., The Allen Smith Company, Indianapolis, Indiana, 1978, p. 183; CLARK, R.C., *op. cit.*, p. 665.

⁵⁵² COHEN, Z., «Directors' negligence liability to creditors: a comparative and critical view», 26 *J. Corp. L.* 351 (2000-2001), p. 360. Esta doctrina general es de aplicación también al supuesto de interferencia lesiva de los administradores en la ejecución de contratos de la sociedad con terceros.

⁵⁵³ Es preciso que se considere incumplido el estándar de conducta que se deriva del deber general de cuidado que pesa sobre el administrador (CLARK, R.C., *op. cit.*, p. 666).

⁵⁵⁴ Subrayando que el hecho de que el fraude beneficie a la sociedad no protege al administrador de la responsabilidad derivada de la ilicitud de su comportamiento, KNEPPER, W.E./BAILEY, D.A., *Liability of Corporate Officers and Directors*, Pocket Supplement, 3ª ed., The Allen Smith Company, Indianapolis, Indiana, 1985, p. 51.

⁵⁵⁵ BORROWDALE, A., «Liability of Directors in Tort - Developments in New Zealand», *JBL*, 1998, p. 107: «An example is the negligent misstatement by a director to a potential investor. If the company is liable it is liable only vicariously»

asunción de responsabilidad personal por parte del administrador⁵⁵⁶, siendo suficiente que el administrador haya debido prever que los terceros iban a confiar en las manifestaciones por él realizadas⁵⁵⁷.

En este contexto, para el caso concreto de un acreedor que contratara con una sociedad insolvente o próxima a la insolvencia, entendemos que se consideraría que el administrador incumple el estándar aquí expuesto si dolosa o negligentemente oculta información sobre la situación empresarial de la sociedad relevante para la negociación a la contraparte. Es razonable suponer que el acreedor confiará en las manifestaciones proporcionadas por el administrador. Por tanto, parece admisible la interposición de una acción por parte del acreedor, exigiendo responsabilidad al administrador por el daño que la contratación haya generado en su patrimonio.

3.1.2. El caso neozelandés⁵⁵⁸

El ordenamiento neozelandés se nos presenta como especialmente interesante, en tanto su normativa vincula expresamente la cuestión de la crisis empresarial con la de la contratación por los administradores sociales en dicha fase.

En 1989 la *New Zealand Law Commission* publicó un informe llamado «*Company Law: Reform and Restatement*»⁵⁵⁹, en el que se recomendó una revisión de la legislación societaria más en la línea de los modelos norteamericanos que de los británicos. Entre

⁵⁵⁶ BORROWDALE, A., *op. ult. cit.*: «*The concept of assumption of responsibility is vague. In the context of director liability it is suggested that it means there must have been created the objective impression that the director accepts that he or she is liable to compensate the third party for negligent performance by the company or the director personally*».

⁵⁵⁷ COHEN, Z., *op. cit.*, pp. 369-370, puntualiza que la Jurisprudencia considera suficiente que la conducta el demandado sea subsumible en el *tort of negligent representation*, no exigiendo una creación de «confianza personal». Según PENNINGTON, R.R., *Company Law*, 5ª ed., Butterworths, London, 1985, p. 685: «*The only circumstances in which creditors can sue directors at common law is where they have been guilty of a tort toward the creditors as well as a breach of duty owed to the company. Consequently, directors are personally liable to persons who lend money to the company if they obtain the loan by fraudulent misrepresentations. Likewise they are liable in tort for negligently causing loss to a person with whom the company has entered into a contract, if the circumstances impose a personal duty on the directors toward that person to act with proper skill or care (...)*». A su vez, BORROWDALE, A., *op. cit.*, p. 107, recuerda que en el ámbito del Derecho de daños «*a duty of care arises where a person possessed of a special skill undertakes to apply that skill for the assistance of another person who relies upon such skill*».

⁵⁵⁸ Se ha utilizado para la elaboración de este apartado la obra de GODDARD, D., «Directors' Liability for Trading While Insolvent: A Critical Review of the New Zealand Regime», en RAMSAY, I.M. (ed.), *Company Directors' Liability for Insolvent Trading*, CCH Australia Limited and Centre for Corporate Law and Securities Regulation Faculty of Law, University of Melbourne, 2000, pp.169-189.

⁵⁵⁹ *New Zealand Law Commission, Report No 9, June 1989.*

otras propuestas de reforma, el informe trató de ofrecer una codificación de los deberes de los administradores. En concreto, la propuesta de proyecto de ley de la Comisión contenía, en su sección 105 (2) la siguiente norma: «*A director of a company must not agree to the company incurring an obligation unless he or she believes at that time on reasonable grounds that the company will be able to perform the obligation when required to do so*».

Posteriormente, la *Companies Act 1993* incluyó la norma referida en la sección 136, rubricada «*Duty in relation to obligations*». Aunque parece que de manera mayoritaria la doctrina considera que los sujetos protegidos por la norma son el conjunto de los acreedores sociales, en contra se ha argumentado que estos deberes se tienen hacia la sociedad y no directamente hacia los acreedores, basándose en la falta de *enforcement* del acreedor particular, en tanto no parece que pueda ejercitar una acción directa contra el administrador basada en estas normas.

La norma referida no ha estado exenta de críticas. En primer lugar, se ha criticado que no excluya de responsabilidad al administrador si, habiendo informado suficientemente del riesgo al futuro acreedor, éste decide asumirlo; aunque, ciertamente, cueste admitir que la Jurisprudencia aceptara la imposición de responsabilidad al administrador en el caso de que hubiera ofrecido al acreedor una información veraz y completa sobre el estado financiero de la sociedad y sobre los riesgos existentes. Ello sería contrario al temor que, precisamente, motivó el nacimiento de la norma: la posibilidad de engañar a los nuevos acreedores que contraten con la sociedad en relación con la solvencia de la misma.

También se ha criticado el que la norma no exija que la sociedad se encuentre en situación de insolvencia, ni siquiera en la difícilmente determinable situación de proximidad a la insolvencia, por lo que los administradores de una sociedad perfectamente solvente podrían infringir la sección 136 si se pudiera considerar que asumen riesgos excesivos, lo cual podría tener dos consecuencias negativas: desincentivar la asunción de riesgos *apropiados* y la exigencia por parte de los administradores de mayores seguros y servicios de consultoría jurídica, lo cual supondría mayores costes para la sociedad.

En consecuencia, para limitar los riesgos de una severidad excesiva de la norma, se ha defendido una interpretación que fundamente la imposición de responsabilidad a los administradores en la concurrencia de dos elementos. Primero, que hubiera existido

engaño por parte de los administradores hacia los acreedores en relación con el riesgo asumido al negociar con la sociedad, ya sea de manera expresa o por haber omitido revelar circunstancias extraordinariamente relevantes que el acreedor debería tener la ocasión de evaluar. En segundo lugar, se ha señalado también la exigencia de culpa en la actuación del administrador (*culpable non-disclosure*).

3.1.3. La responsabilidad por suministros o financiación conseguidos a través de comportamientos ilícitos de los administradores en Italia

El *leading case* en Derecho italiano sobre la responsabilidad de administradores por financiación adquirida mediante comportamientos ilícitos se decidió en casación en marzo de 1960⁵⁶⁰. Se juzgaba si podía considerarse que existía una responsabilidad directa de los administradores hacia el banco financiador derivada del daño producido por el incumplimiento del deber de devolución del crédito prestado a la sociedad, teniendo en cuenta que, para acceder a la financiación, los administradores habían presentado al banco una situación contable falsa. Se reconoció como legitimado activamente para el ejercicio de la acción a aquél que había sufrido un daño directo (daño que no se había producido en el patrimonio social, que incluso podría considerarse haber resultado favorecido por el comportamiento de los administradores) causado de manera individualizada por el comportamiento del administrador, derivado de recurrir éste a un engaño doloso para, aprovechándose de la buena fe del tercero, inducirle a concluir un negocio que, de no haber mediado el comportamiento –ilícito– del administrador, nunca se hubiera concluido. En tanto el daño incide *directamente* sobre el patrimonio del tercero, no habiendo daño al patrimonio social, se consideró correcto encuadrarlo en el ámbito de la acción del artículo 2395 c.c., y no en las de los artículos 2393 o 2394 c.c.⁵⁶¹

⁵⁶⁰ Para un comentario de la sentencia, *vid.*, Corte di Cassazione, Sez. I, 28 marzo 1960, n. 669, en *Giust. civ.*, 1960, pp. 887-888. El comentario aporta una *massima non ufficiale* de la sentencia: «*Bene è configurabile la responsabilità diretta e personale dell'amministratore di una società di capitali verso il terzo contraente, nel caso in cui l'amministratore stesso, con opera dolosa di occultamento e di travisamento della reale situazione economica della società, da lui amministrata, abbia contribuito risolutivamente ad indurre un istituto finanziario ad attuare, a favore della società, un finanziamento che, qualora avesse tempestivamente conosciuto la verità, non avrebbe certamente concesso*».

⁵⁶¹ El art. 2395 c.c. recoge la «*azione individuale del socio e del terzo*». La doctrina diferencia esta acción de las de los arts. 2393 c.c. («*Azione sociale di responsabilità*») o 2394 c.c. («*Responsabilità verso i creditori sociali*») por el criterio de la diversa incidencia del daño causado por el incumplimiento del administrador. Mientras que en las acciones *ex arts.* 2393 y 2394 c.c. *el daño incide sobre el patrimonio social y, en el supuesto de daño al acreedor, éste es consecuencia de dicha lesión al patrimonio*, se

Al ser el daño *directo*, la responsabilidad de los administradores es *personal y directa*, no subsidiaria de la de la sociedad. Como se explica en el comentario de la sentencia: «*Essa sorge per effetto di violazione di obblighi di legge spettanti agli amministratori, in proprio, verso i soci e verso i terzi, e non di riflesso, in relazione ad una responsabilità concernente la società; per contro, la lesione, perchè nasca il diritto del terzo al risarcimento del danno, incide su diritti di sua spettanza e non su diritti che fanno parte del patrimonio sociale, che egli abbia interesse a veder reintegrato al fine di potersi soddisfare*»⁵⁶². La sentencia demuestra, así, la relevancia de determinar cuáles son las obligaciones legales que pesan sobre el administrador en relación con los acreedores sociales. Una vez configurado un marco de deberes de los administradores hacia los acreedores en el ámbito de la crisis empresarial se podrá imputar responsabilidad en tanto se produzca un daño directo al tercero causalmente vinculado y objetivamente imputable al administrador.

Es importante destacar que el simple incumplimiento contractual de la sociedad no es suficiente para la exigencia de responsabilidad personal del administrador. Los daños han de ser *consecuencia inmediata y directa de una actuación ilícita y culposa del administrador idónea para producir el resultado dañoso*⁵⁶³, y no simplemente consecuencia de que la sociedad no haya sido capaz de cumplir el contrato en curso al afrontar una situación de insolvencia⁵⁶⁴.

recurre a la acción individual cuando *el daño incide directamente en el patrimonio del socio o del tercero* [por todos, GALGANO, F., «La società per azioni», en GALGANO, F. (dir.), *Trattato di Diritto commerciale e di Diritto pubblico dell'economia*, vol. VII, Cedam, Padova, 1984, pp. 277-278 («*Deve trattarsi di danni "direttamente" cagionatigli: perciò, il creditore non può lamentare, ex art. 2395, il danno riflesso, derivante dalla mera diminuzione del patrimonio sociale*»); BONELLI, F., *Gli amministratori di società per azioni* (...), cit., pp. 213-214. («*il danno resarcibile ex art. 2395 è solo quello incidente direttamente sul patrimonio del terzo, del creditore o del socio per effetto del comportamento doloso o colposo dell'amministratore nell'esercizio delle sue funzioni; non anche il danno che colpisce il patrimonio della società e, solo in via mediata e di riflesso, quello del terzo o del socio. In altri termini, mentre nel caso dell'azione individuale il danno deve incidere direttamente sul patrimonio del terzo o del socio, nelle altre due ipotesi (artt. 2393 e 2394) esso pregiudica, immediatamente il patrimonio sociale e solo in via mediata e riflessa incide su quello dei singoli soci o creditori*)]».

⁵⁶² Cit. en Corte di Cassazione, Sez. I, 28 marzo 1960, n. 669, en *Giust. civ.*, 1960, I, p. 889.

⁵⁶³ Conforme lo establecido en el art. 1223 c.c., que en relación con el resarcimiento del daño por incumplimiento de obligaciones en general, establece: «*Il risarcimento del danno per l'inadempimento o per il ritardo deve comprendere così la perdita subita dal creditore come il mancato guadagno, in quanto ne siano conseguenza immediata e diretta*». Cfr., también, BONELLI, F., *Gli amministratori di società per azioni* (...), cit., p. 215; RODOLF, R., «Comentario de la sentencia Cassazione civile, Sez. I, 21 maggio 1999, n. 4943», *Le Società*, 11/1999, p. 1136.

⁵⁶⁴ Es una cuestión compleja la distinción entre el daño *directo* y el daño *consecuencia de la insolvencia de la sociedad*. BONELLI, F., *Gli amministratori di società per azioni* (...), cit., pp. 215-222, refiere grupos de casos de daño directo. Entre otros, destaca: la venta de acciones con fundamento en un balance falso

3.1.4. Supuestos de intromisión lesiva en la fase de formación de las relaciones de la sociedad con terceros en Derecho alemán

La doctrina alemana ha estudiado detenidamente la posibilidad de que los administradores societarios respondan de los compromisos contractuales que asume una sociedad en situación de crisis, con fundamento en la existencia de un deber de informar a la contraparte sobre el estado en que se encuentra la sociedad, manifestación de un deber de reducir el riesgo derivado de la información suministrada (*Pflichten zur Reduzierung des Informationsrisikos*). La profundidad con que se ha analizado esta cuestión es consecuencia de las peculiaridades que plantea el régimen de responsabilidad civil germano, que, a diferencia del nuestro, recoge una ordenación típica de los supuestos de hecho que fundamentan dicha responsabilidad.

El problema se ha afrontado recurriendo a tres mecanismos de imputación de la responsabilidad, la responsabilidad por *culpa in contrahendo* (*Haftung aus Verschulden bei Vertragschluss*), *ex* 826 BGB y *ex* § 823.2 BGB.

En relación con el primero de los mecanismos, la doctrina, especialmente dividida en aspectos que posteriormente se analizarán, se muestra unánime, en línea de principio, al entender que si una o ambas partes actúan en el desarrollo de una negociación contractual a través de un representante, la responsabilidad por culpa *in contrahendo* es del representado⁵⁶⁵. En consecuencia, no se considera admisible hacer personalmente responsable al representante por la incorrección negligente de las informaciones prestadas a terceros sobre la solvencia de la sociedad («*fahrlässig falsche Angaben zur Kreditwürdigkeit der Gesellschaft*»)⁵⁶⁶, salvo que concurra una de las dos circunstancias siguientes: (a) que el representante haya generado en el tercero una *especial confianza personal* determinante para la celebración del contrato o (b) que el representante tenga un interés económico *personal e inmediato* en el contrato.

(caso típico, el administrador que induce mediante la elaboración de un balance falso a socios o terceros a la suscripción de acciones a un precio insostenible, provocando un daño directo, sin que exista daño al patrimonio social); la obtención de suministros o financiación gracias a comportamientos ilícitos de los administradores; la fusión realizada con errónea determinación del tipo de canje (perjudicando así la posición del socio en la sociedad resultante de la fusión).

⁵⁶⁵ Por ejemplo, con ulteriores referencias, SCHNEIDER, U.H., «§ 43», en AAVV, *Scholz Kommentar zum GmbH-Gesetz*, Band I, 10. Auflage, Otto Schmidt, Köln, 2007, rn. 314, p. 2318. En el mismo sentido, por ejemplo, HAAS, U., *Geschäftsführerhaftung und Gläubigerschutz: unternehmerisch Verhaltenspflichten des GmbH-Geschäftsführers zum Schutz Dritter*, Beck, München, 1997, p. 76.

⁵⁶⁶ SCHNEIDER, U.H., *op. ult. cit.*

El primero de los supuestos (*Inanspruchnahme besonders persönliche Vertrauens*), admitido de una manera mayoritaria por la doctrina⁵⁶⁷, exige probar que el representante excedió el rol de mero representante y se situó en posición de garante al generar en la contraparte una *confianza especial* (*besonderes Vertrauen*) respecto de la existencia y cumplimiento del contrato⁵⁶⁸, asumiendo así un *doble rol* o produciéndose un *cambio de roles*⁵⁶⁹).

El segundo de estos supuestos (*Haftung des Geschäftsführers aus c.i.c. wegen wirtschaftlichen Eigeninteresses*) resulta más problemático, no existiendo una posición clara en la doctrina sobre la pervivencia del mismo⁵⁷⁰.

Referido específicamente a los administradores societarios, se ha debatido si fundamentado en la idea de la generación de una especial confianza personal, se puede considerar que los administradores asumen frente a los acreedores una *posición de garante* que se materializaría, en nuestro supuesto de hecho, en la existencia de un deber de información a los acreedores de la situación financiera de la sociedad. La doctrina que defiende una aplicación más restrictiva de este mecanismo de imputación de responsabilidad de administradores argumenta que el hecho de que en el marco de sus competencias de gestión existan deberes de control de la situación contable no les sitúa de manera automática en una posición de garante que les obligue a informar a los acreedores sobre la situación financiera real, ya que, aunque los administradores generan la confianza de que cumplirán sus deberes, esta confianza se proyecta *frente a la sociedad*, su representada. Por tanto, si la relación de confianza se da frente a la sociedad, para afirmar la responsabilidad de los administradores sería necesaria la

⁵⁶⁷ Entre otros, MEDICUS, D., «Die Aussenhaftung des GmbH-Geschäftsführers», *GmbHHR*, 1993, p. 536; SCHNEIDER, U.H., *op. cit.*, rn. 315, pp. 2319 («wenn Dritte in besonderem Masse Vertrauen für sich in Anspruch nimmt und dadurch»); HAAS, U., *Geschäftsführerhaftung...*, cit., p. 75.

⁵⁶⁸ Por ejemplo, MEDICUS, D., «Die Aussenhaftung...», cit., p. 537: «Hier tritt der Vertreter aus seiner Vertreterrolle heraus in die eines persönlichen Garanten». Parece que en el mismo sentido, EBENROTH, C-T./KRÄUTER, T., «Die Eigenhaftung des GmbHG-Geschäftsführers bei der Anlagevermittlung», *BB*, 9/1990, p. 570.

⁵⁶⁹ LUTTER, M., «Gefahren persönlicher Haftung für Gesellschafter und Geschäftsführer einer GmbH», *DB*, 1994, p. 133: «Es kommt in diesem Sonderfall auf einen Rollenwechsel des Geschäftsführers an oder besser vielleicht: Die Übernahme einer Doppelrolle –er agiert und handelt nicht nur als Geschäftsführer der GmbH (rückt diese Situation vielleicht gar ganz in den Hintergrund), sondern agiert vor allem als Person selbst („Sie können sich doch auf mich verlassen.“ „Wir kennen uns doch schon seit langem“ etc.)».

⁵⁷⁰ Al respecto de este criterio, por ejemplo, LARENZ, K., *Lehrbuch des Schuldrechts*, Band I, Allgemeiner Teil, 14. Auflage, Beck, München, 1987, pp. 115; CANARIS, C-W., «Die Haftung für fahrlässige Verletzung der Konkursantragspflicht nach § 64 GmbHG», *JZ*, 13/1993, pp. 649-650; EBENROTH, C-T./KRÄUTER, T., *op. cit.*, p. 575.

conurrencia de circunstancias excepcionales de *creación en el tercero de una especial confianza personal derivada de un comportamiento concreto del administrador*, confianza que no se derivaría ni se podría fundamentar en el *mero desempeño del cargo*⁵⁷¹.

En concreto, para que se genere esta *especial confianza personal derivada de un comportamiento concreto*, se considera necesario que el representante se manifieste como personalmente responsable de la integridad y cumplimiento del negocio (*die Seriosität und die Erfüllung*) o de la exactitud e integridad (*die Richtigkeit und die Vollständigkeit*)⁵⁷² de las manifestaciones realizadas en nombre del representado, resultando relevante para la conformación de la voluntad contractual de la otra parte. La doctrina de manera mayoritaria ha sintetizado la cuestión en la idea de que las declaraciones del representante tienen que poder considerarse, prácticamente, como la *asunción de esta posición de garante*⁵⁷³.

Por otra parte, la doctrina más favorable a esta *imputación al administrador de las consecuencias derivadas del incumplimiento del deber de información en garantía de los acreedores* considera que en supuestos de lesión del crédito de acreedores societarios *derivada de la contratación con empresas en crisis*⁵⁷⁴, aunque el deber de informar sobre la situación financiera de la sociedad recaiga sobre la sociedad misma, los administradores deben velar porque dicho deber se cumpla, en tanto el administrador *en el desempeño del cargo* es, frente a terceros, un *portador de confianza*⁵⁷⁵, en

⁵⁷¹ MEDICUS, D., «Zur Eigenhaftung des GmbH-Geschäftsführers aus Verschulden bei Vertragsverhandlungen», BAUR, J.F./HOPT, K.J./MAILÄNDER, K.P., (Hrsg.), *Festschrift für Ernst Steindorff*, Walter de Gruyter, Berlin-New York, 1990, pp. 734-735: «Der Vertreter müsse "über das normale Verhandlungsvertrauen hinausgegangen (sein), das bei Anbahnungen von Geschäftsbeziehungen immer gegeben ist oder doch vorhanden sein sollte". Der Vertreter müsse "dem Verhandlungspartner eine zusätzliche, von ihm persönlich ausgehende Gewähr für den Bestand und die Erfüllung des in Aussicht genommenen Geschäfts geboten haben, die für den Willensentschluss des anderen Teils bedeutsam war"».

⁵⁷² Como se puede apreciar, esta tesis es concreción de lo expuesto, en términos generales, en relación con el nacimiento de un deber de información hacia un tercero con el que no se está contractualmente vinculado.

⁵⁷³ SANDMANN, B., *Die Haftung von Arbeitnehmern, Geschäftsführern und leitenden Angestellten*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2001, pp. 420-421. Vid. los ejemplos ofrecidos por LUTTER, M., «Gefahren persönlicher...», *cit.*, *loc. cit.*

⁵⁷⁴ No se limita al escenario de la insolvencia [SCHMIDT, K., «Anhang § 64», en AAVV, *Scholz Kommentar zum GmbH-Gesetz*, Band III, 9. Auflage, Otto Schmidt, Köln, 2010, p. 4253 («nach Eintritt der Krise oder nach Insolvenzreife»)].

⁵⁷⁵ Dice ASÚA GONZÁLEZ, C. I. *op. cit.*, p. 63: «Sólo en aquellos casos en los cuales, rompiendo el principio del § 278, se quiera hacer responsable al representante por su *culpa in contrahendo*, en lugar de directamente al representado, la confianza será un factor a tener en cuenta no sólo para fijar la extensión y

especial, en relación con la solvencia de la sociedad (*Geschäftsführer als Träger des Solvenzvertrauens*), sobre todo, ante los perjuicios que la insolvencia produce en el tráfico jurídico. Por tanto, se considera que cuando el administrador toma parte en la contratación, personalmente o a través de un auxiliar (§ 278 BGB⁵⁷⁶), le son *personalmente imputables las consecuencias derivadas del incumplimiento culpable del deber de información sobre la información financiera en garantía de los acreedores*⁵⁷⁷.

Otra posibilidad que ha sido defendida de manera minoritaria, consiste en entender como actuaciones de los administradores contrarias a las buenas costumbres y susceptibles de generar responsabilidad hacia terceros con base en el § 826 BGB los supuestos de *incumplimiento de deberes de información en la fase precontractual*. Se trata, principalmente, de casos en que una parte se beneficia de su conocimiento y experiencia profesional a costa de otra, que, por carecer de experiencia, confía en su contraparte contractual. Ello se considera un comportamiento inmoral por abusar de una situación de superioridad negocial (*«Sittenwidrig handelt, wer seinen eigenen Wissens und Erfahrungsvorsprung auf Kosten eines anderen»*)⁵⁷⁸. En los casos de contratación con empresas en crisis el abuso inmoral de la situación de superioridad se concretaría en *trasladar a los acreedores los riesgos de la operación*⁵⁷⁹.

el ámbito de los deberes precontractuales sino también para designar quién debe ser el responsable (determina, por tanto, un elemento fundamental de la relación preparatoria, [tal es] el sujeto [de la misma])»

⁵⁷⁶ **§ 278 BGB.- Verantwortlichkeit des Schuldners für Dritte**

Der Schuldner hat ein Verschulden seines gesetzlichen Vertreters und der Personen, deren er sich zur Erfüllung seiner Verbindlichkeit bedient, in gleichem Umfang zu vertreten wie eigenes Verschulden. Die Vorschrift des § 276 Abs. 3 findet keine Anwendung.

⁵⁷⁷ SCHMIDT, K., «Anhang § 64», cit., pp. 4255-4256.

⁵⁷⁸ EBENROTH, C-T./KRÄUTER, T., op. cit., p.574.

⁵⁷⁹ Se ha defendido también el recurso al § 826 BGB en el supuesto de crisis empresarial cuando los administradores no despliegan el cuidado debido en el control de la rentabilidad de las decisiones de gestión, produciéndose un abuso de la estructura societaria como mecanismo de imputación de riesgos empresariales (*«Mißbrauch der Gesellschaft als Zurechnungsträger von Gefahren und Risiken»*) en perjuicio de terceros. Así, HAAS, U., *Geschäftsführerhaftung...*, cit., pp. 139-145.

Según la opinión defendida por el prof. HAAS (*Geschäftsführerhaftung...*, cit., pp. 140 ss.), el incumplimiento de deberes de control de la economicidad y rentabilidad de las decisiones empresariales (*Wirtschaftlichkeits-Rentabilitätsprüfung*), incluidos en el deber general de administrar ex § 43.1 GmbHG, conlleva una responsabilidad frente a la sociedad, siendo dudoso si, además, este deber sirve para la protección de acreedores sociales. Entiende el autor que en los casos en que se produce un abuso de la sociedad como titular de la imputación de los riesgos y peligros de la actividad desarrollada y su traslado a cargo de los acreedores es posible romper con el principio de canalización de la responsabilidad frente a la sociedad.

El § 826 BGB, rubricado *Sittenwidrige vorsätzliche Schädigung*, recoge una cláusula general de responsabilidad cuyo supuesto de hecho es la *intencional causación de un daño a otro, mediante un comportamiento contrario a la moral* («*Wer in einer gegen die guten Sitten verstößenden Weise einem anderen vorsätzlich Schaden zufügt, ist dem anderen zum Ersatz des Schadens verpflichtet*») y que impone al responsable la compensación del daño causado. Se trata de un supuesto excepcional de *antijuridicidad con tintes subjetivos* (*Subjektiv gefärbte Rechtswidrigkeit*), que permite el resarcimiento de daños no protegidos por los supuestos establecidos en los §§ 823.1 y 2 BGB, siempre y cuando hayan sido causados mediante un comportamiento *conscientemente contrario a la moral*⁵⁸⁰, es decir, dolosamente, incluyendo dolo eventual («*dass er also mindestens mit der Möglichkeit einer Schädigung durch sein Handeln oder Unterlassen gerechnet und sie billigend in Kauf genommen hat*»)⁵⁸¹.

La doctrina analizando este mecanismo de imputación de responsabilidad en el contexto de la crisis, diferencia dos escenarios, dependiendo de la reversibilidad de la misma. Si la sociedad se encuentra en situación de crisis *irreversible*, y dicha situación es conocida por el administrador, o debería haberlo sido de haber empleado la diligencia debida, se entiende de manera mayoritaria que los administradores están obligados a informar de esa situación a los acreedores. Por tanto, cuando existan serias dudas sobre la capacidad de las medidas adoptadas para solventar la situación de crisis, siendo probable que simplemente retrasen la situación concursal pero no la eviten, se puede fundamentar la existencia de responsabilidad de los administradores frente a terceros, siempre y cuando se pueda probar la falta de justificación de las medidas adoptadas. En cambio, cuando la crisis es *reversible* mediante la adopción de medidas de saneamiento, puede entenderse que el administrador no está obligado a informar de la situación a las personas con las que contrata porque guardar secreto puede resultar esencial para el éxito de estas medidas⁵⁸².

⁵⁸⁰ DEUTSCH, E., *Unerlaubte Handlungen, Schadensersatz und Schmerzensgeld*, 2. Auflage, Heymanns, Köln, Berlin, Bonn, München, 1993, p. 45. Al respecto, en nuestra doctrina, MARÍN DE LA BÁRCENA GARCIMARTÍN, F., *La acción individual...*, cit., p. 309, quien interpreta este elemento como la exigencia de conocimiento de las circunstancias que determinan la antijuridicidad del comportamiento.

⁵⁸¹ EBENROTH, C-T./KRÄUTER, T., *op. cit.*, p. 574.

⁵⁸² SCHNEIDER, U.H., *op. cit.*, rn. 336, p. 2327.

En nuestra doctrina, ALFARO ÁGUILA-REAL, J., «La llamada acción individual...», *cit.*, p. 69, llama la atención sobre esta cuestión: «imponer al administrador responsabilidad por no haber informado al potencial cocontratante de la situación de la sociedad coloca al administrador en una situación imposible: la de tener que elegir entre infringir deberes incompatibles. O bien, infringe el deber de secreto y lealtad a la sociedad (art. 127.2 LSA), divulgando la situación de precariedad económica en que se halla la sociedad; o bien infringe el deber de información precontractual frente al tercero callando respecto a esa situación económica social». Considera el autor que la crítica se supera reservando la imposición de responsabilidad para los supuestos de dolo, incluyendo el dolo eventual, ya que «si hay una *actuación*

No siendo suficiente con que la conducta haya sido negligente para la imposición de responsabilidad *ex* § 826 BGB, la jurisprudencia ha admitido la posibilidad de considerar que se el comportamiento es *immoral* en el sentido de la norma si las medidas no se han adoptado de manera *frívola* («*Allerdings wird die Feststellung der erforderlichen Schuldform des Vorsatzes dadurch erleichtert, daß die Rechtsprechung den Rückschluß von einem besonders leichtfertigen -und damit sittenwidrigen Verhalten auf bedingten Vorsatz zuläßt*»)⁵⁸³.

Por último, cabe considerar que existe un deber de información a terceros de la existencia de una crisis empresarial que se realiza a través del cumplimiento del deber de promover el concurso, siendo la norma que exige la promoción del concurso una norma de protección de terceros en el sentido del § 823.2 BGB⁵⁸⁴.

El § 823 BGB, bajo la rúbrica *Schadensersatzpflicht* (responsabilidad por daños) establece en su párrafo 1: «*Wer vorsätzlich oder fahrlässig das Leben, den Körper, die Gesundheit, die Freiheit, das Eigentum oder ein sonstiges Recht eines anderen widerrechtlich verletzt, ist dem anderen zum Ersatz des daraus entstehenden Schadens verpflichtet*». Como se puede observar, se trata de un supuesto de protección extracontractual de un conjunto determinado de bienes y derechos. En tanto los bienes se enuncian de manera concreta, se considera el listado *numerus clausus*, no siendo susceptible de ser ampliado por analogía. En cambio, la falta de concreción de los derechos enumerados ha conducido a admitir su ampliación. En ambos casos se trata de un supuesto de antijuridicidad por el resultado (*erfolgsbezogene Rechtswidrigkeit*), ya que la ilegalidad del comportamiento reside en la producción de una consecuencia perniciosa⁵⁸⁵.

A continuación, el § 823.2 BGB («*Die gleiche Verpflichtung trifft denjenigen, welcher gegen ein den Schutz eines anderen bezweckendes Gesetz verstößt. Ist nach dem Inhalt des Gesetzes ein Verstoß gegen dieses auch ohne Verschulden möglich, so tritt die Ersatzpflicht nur im Falle des Verschuldens ein*»), recoge el supuesto de infracción de una norma de protección (norma de comportamiento de origen legal), lesionando los intereses protegidos por la misma, concurriendo culpa. Establece para su incumplimiento la misma consecuencia jurídica que la dispuesta en el párrafo 1⁵⁸⁶.

personal dolosa de los administradores, su responsabilidad externa frente al acreedor “ex” artículo 1902 CC está fuera de toda duda».

⁵⁸³ GROß, W., «Deliktische Außenhaftung des GmbH-Geschäftsführers», *ZGR*, 1998, p. 562.

⁵⁸⁴ ALTMEPPEN, H., «Haftung der Geschäftsführer. § 43 GmbHG», en ROTH, G.H./ALTMEPPEN, H., *Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung, (GmbHG)*, 3 neubearbeitete Auflage, Beck, München, 1997, p. 462. El autor modifica su posición, como se puede apreciar en la séptima edición de la misma obra (7. neubearbeitete Auflage, Beck, München, 2012, pp. 820-821).

⁵⁸⁵ Por todos, DEUTSCH, E., *Unerlaubte...*, cit., pp. 43-44.

⁵⁸⁶ De nuevo, por todos, DEUTSCH, E., *Unerlaubte...*, cit., p. 113-114.

Si el deber de promover el concurso tiene eficacia informativa frente a terceros, no sería necesario recurrir a la institución de la *culpa in contrahendo*⁵⁸⁷. Ahora bien, en cuanto a la aplicabilidad de esta tesis a nuestro Derecho, solventaría los problemas que se presentan cuando la sociedad *ya se encuentra en situación concursal*, pero no cuando se encuentra en una situación *de proximidad a la insolvencia*. Sobre el deber de solicitud del concurso en el ordenamiento alemán volveremos más adelante.

3.2. La intervención de administrador societario en la contratación con sociedad en crisis desde la óptica de la doctrina española

Expuesto lo anterior, resulta pertinente realizar los siguientes apuntes, teniendo en cuenta las especialidades de nuestra hipótesis de estudio (estructura societaria y crisis empresarial). La principal peculiaridad del planteamiento expuesto reside en que, a pesar de que el deber de suministrar información en el ámbito de la contratación, estrictamente, pesa sobre la sociedad, se propone la superación de la barrera que impone la personalidad jurídica societaria admitiendo la imposición de responsabilidad personal al administrador por su incumplimiento. Ello exige una argumentación cuidada, como se ha observado cuando se ha referido la cuestión en ordenamientos comparados.

En primer lugar, la responsabilidad personal del administrador se puede sustentar en que él es el encargado de velar porque la sociedad de manera efectiva cumpla con los deberes que el ordenamiento le impone, no debiendo el administrador interferir, impedir o evitar tal cumplimiento. En este supuesto, el comportamiento del administrador constituiría una actuación antijurídica independiente al incumplimiento del deber de informar que recae sobre la sociedad, antijuridicidad derivada del incumplimiento del deber que pesa sobre el administrador de velar porque *su representada* cumpla las normas⁵⁸⁸.

⁵⁸⁷ Por ejemplo, HAAS, U., *Geschäftsführerhaftung...*, cit., pp. 103-104, considera un error el fundamentar la responsabilidad personal del administrador en la *culpa in contrahendo* cuando, simplemente, dicha responsabilidad resulta de una correcta interpretación del contenido del deber de promover tempestivamente el concurso: «Das Rechtinstitut der culpa in contrahendo wäre nur der formale Aufhänger einer Pflicht, die sich ohnehin schon das § 64 I GmbHG ergibt».

⁵⁸⁸ Como recuerda MARÍN DE LA BÁRCENA GARCIMARTÍN, F., *La acción individual...*, cit., p. 190, «recae sobre los administradores un deber de legalidad en el desempeño de sus funciones» que, en el ámbito de los sectores *no regulados* (aquellos en que «el enjuiciamiento de la antijuridicidad del comportamiento de los administradores depende de la observancia o no de la diligencia de un “ordenado empresario” en el ejercicio de sus funciones y competencias propias del cargo»), se concreta, en las relaciones frente a terceros, en un «deber objetivo de cuidado, de prevenir y evitar daños a ese sujetos en el ámbito de la

En segundo, lugar, es necesario plantear si nace la responsabilidad del administrador de la generación frente al tercero un vínculo derivado de la asunción de una posición de garante fundada en la creación de una especial confianza del tercero en su persona, supuesto al que ya se ha hecho referencia⁵⁸⁹. Aunque no excluimos la aplicación de esta doctrina, entendemos que el Derecho español, con un sistema de responsabilidad de aplicación más flexible, ofrece soluciones enmarcadas dentro del Derecho societario, que, a nuestro entender, resultan menos controvertidas que el recurso a la *culpa in contrahendo* del representante, que deberá aplicarse sólo de manera excepcional.

En cualquier caso, consideramos posible argumentar la existencia de un deber de informar *en protección de acreedores* que pesa directamente sobre el administrador, y no sobre la sociedad, a pesar de que su inclusión en el estatuto de deberes del administrador no se haya dispuesto por el legislador expresamente. Deber de cuidado que se deriva, en primer lugar, del propio deber de diligencia en la crisis –que, como hemos defendido, no se tiene sólo frente a la sociedad sino frente a los terceros que se relacionan con ella⁵⁹⁰ – pero que, además, se induce de los distintos deberes que la Ley impone al administrador en relación con la gestión de sociedades en dificultad⁵⁹¹.

Existiendo un deber objetivo de cuidado frente a terceros que se relacionan con la sociedad en estado de crisis empresarial, que, en nuestro supuesto de hecho, se concretaría en un *no dañar en el ámbito de la contratación con sociedad en crisis mediante ocultación (activa u omisiva) de esta situación*, el daño que genere el

propia posición de garantía». Cuestión distinta es que el incumplimiento pueda resultar beneficioso para el patrimonio social, en cuyo caso, el autor citado (p. 194) defiende que «aquellas actuaciones antijurídicas desde el punto de vista de la responsabilidad frente a socios o terceros que estén justificadas desde el punto de vista de la responsabilidad interna por haberse realizado en “interés de la sociedad”, *sin infringir normas legales o estatutarias*, permiten al administrador repetir de la sociedad lo que se ha visto obligado a pagar al tercero» (el énfasis es nuestro).

⁵⁸⁹ Cfr., *supra*, pp. 203 ss.

⁵⁹⁰ Ya nos hemos referido a la existencia de un *principio de autorresponsabilidad* existente en las negociaciones contractuales, (cfr. DE LA MAZA GAZMURI, I., *Los límites...*, cit., pp. 327-347). Analizando la cuestión desde el punto de vista societario, recuerda MARÍN DE LA BÁRCENA GARCIMARTÍN, F., *La acción individual...*, cit., que estos «terceros» no está exentos de desplegar su propia diligencia en la negociación contractual, que se concreta en que el tercero «diligentemente debe recelar, dentro de unos límites, de la información que se le facilita» (p. 333), y cuya ausencia nos situaría ante un supuesto de exclusión de la imputación objetiva por falta de competencia de la víctima (p. 167). Sobre la infracción de los deberes de autoprotección y las «acciones a propio riesgo», JAKOBS, G., *La imputación objetiva en Derecho penal*, Trad. M. CANCIÓ MELIÁ, Civitas, Madrid, 1996, pp. 110-112.

⁵⁹¹ Como ya hemos expresado, se observa en nuestro ordenamiento de manera constante que el conocimiento de la situación financiera de la sociedad se considera materia jurídicamente relevante para el tráfico mercantil, lo que impone distintos deberes que pesan sobre los administradores y que conllevan, de manera directa o indirecta, la comunicación pública del estado de crisis.

incumplimiento doloso o culposo del deber⁵⁹² –siempre que la actuación desempeñada fuera idónea para influir en el comportamiento contractual del tercero que no habría contratado en iguales condiciones de haber tenido acceso a la información financiera relevante⁵⁹³-, se encontraría incluido en la esfera de los exigibles por acción individual⁵⁹⁴, tanto si la conducta la realiza directamente el administrador como si se sirve de colaboradores, siempre que no haya adoptado las medidas internas necesarias para asegurar el cumplimiento del deber de información por los mismos⁵⁹⁵.

En cualquier caso, para precisar el concepto de dolo en este escenario, y analizar, por tanto, la concurrencia del mismo en casos concretos resulta conveniente –obviando las cuestiones de anulabilidad del contrato que serían alegables frente a la sociedad de concurrir vicio del consentimiento suficiente- acudir a la figura del dolo *in contrahendo*, que establece nuestro CC en el art. 1269, cuando dispone que «[h]ay dolo cuando, con palabras o maquinaciones insidiosas de parte de uno de los contratantes, es inducido el otro a celebrar un contrato que, sin ellas, no hubiera hecho»⁵⁹⁶. Por tanto, el dolo *in contrahendo* puede definirse como el «engaño cometido en el proceso de formación de un negocio jurídico»⁵⁹⁷ que produce en quien lo padece el efecto

⁵⁹² Existe controversia en cuanto a si es necesario que la conducta del administrador sea dolosa (se incluye el dolo eventual) o si, en cambio, es suficiente con la imputación a título de culpa. Según ESTEBAN VELASCO, G., «La acción individual...», *cit.*, pp. 194-195, de existir un deber legal de informar, su mera infracción, dolosa o culposa, permitiría el ejercicio de la acción individual de responsabilidad, de concurrir los restantes elementos necesarios. Sin embargo, para ALFARO ÁGUILA-REAL, J., «La llamada acción individual...», *cit.*, p. 67, «la responsabilidad externa en estos supuestos sólo puede afirmarse en caso de conducta dolosa ya que sólo en tal caso puede afirmarse la infracción por el administrador de un deber de cuidado frente a la contraparte de la sociedad (...) Por el contrario, carece de fundamento afirmar la responsabilidad por culpa en estos supuestos de “inmiscusión”. Si se afirmara la responsabilidad personal del administrador por conductas culposas, estaríamos afirmando la responsabilidad externa del administrador por la infracción de sus deberes *frente a la sociedad* ya que *la celebración y ejecución diligente de los contratos en nombre y por cuenta de la sociedad* forma parte de los deberes de gestión diligente que (...) constituye la obligación del administrador sólo frente a la sociedad y no frente a los terceros».

⁵⁹³ ESTEBAN VELASCO, G., «La acción individual...», *cit.*, p. 186, destaca que lo relevante es determinar si el acreedor habría contratado en los mismos términos de haber conocido la verdadera situación financiera de la sociedad. Cuestión distinta es la prueba de esta circunstancia.

⁵⁹⁴ En la doctrina italiana, en relación con el nacimiento de responsabilidad precontractual frente a los administradores por incumplimiento de los deberes establecidos en los arts. 1337 y 1338 c.c. vía acción individual (art. 2395 c.c.), por todos, GALGANO, F., *op. cit.*, p. 279: «*Anche la responsabilità precontrattuale, in quanto responsabilità da fatto illecito, può essere invocata ai sensi dell'art. 2395 contro l'amministratore contraente in nome della società che abbia danneggiato l'altro contraente, tacendogli circostanze essenziali per la conclusione del contratto*».

⁵⁹⁵ Por todos, SCHMIDT, K., «Anhang § 64», *cit.*, rn. 86, p. 4255.

⁵⁹⁶ Al respecto de la responsabilidad derivada del incumplimiento obligacional por dolo, cfr. arts. 1101, 1102, 1301 y 1302 CC.

⁵⁹⁷ GARCÍA RUBIO, M.P., *La responsabilidad precontractual en el Derecho español*, Tecnos, Madrid, 1991, p. 164. Díez-PICAZO, L., *Fundamentos...*, T. I, *cit.*, p. 199 destaca la *insidia* como *nota central* del concepto de dolo *in contrahendo*, definiéndola como «una asechanza o artificio empleado con el fin de producir en otra persona un engaño. La insidia característica del dolo puede resultar de las expresiones que hayan sido proferidas (con palabras) o de los actos que hayan sido realizados (con maquinaciones)».

de inducirlo a contratar⁵⁹⁸. Para que el dolo *in contrahendo* actúe como vicio del consentimiento contractual es necesario que exista un engaño (acto ilícito) y una intención de engañar (elemento volitivo)⁵⁹⁹. No parece sea necesario que concurra, en cambio, intención de lesionar⁶⁰⁰. Teniendo en cuenta lo dispuesto en el art. 1270 CC, para considerar la actuación dolosa como un vicio del consentimiento suficiente para fundamentar la invalidez del contrato, ésta tiene que haber sido la *causa* del contrato (*dolus causa dans*). Si el efecto del engaño no ha determinado la voluntad de contratar, afectando únicamente a los términos en que se celebra el contrato⁶⁰¹, simplemente obliga a la indemnización de daños y perjuicios sufridos por el engañado (*dolus incidens*)⁶⁰². En definitiva, ambos dolos comparten un mismo origen: «una conducta contraria a la buena fe que un contratante utiliza para engañar a otro»⁶⁰³.

Por último, la indemnización estaría limitada al interés contractual negativo⁶⁰⁴ o, de ser determinable, a la situación en que se encontraría el tercero si hubiera contratado en las condiciones en que lo habría hecho de haber dispuesto de toda la información.

⁵⁹⁸ MORALES MORENO, A. M., «Comentario al artículo 1269», en PAZ-ARES, C./DÍEZ-PICAZO, L./BERCOVITZ, R./SALVADOR CODERCH, P., (dirs.), *Comentario del Código Civil*, T. II, Ministerio de Justicia, 1991, p. 469: «La celebración del contrato por engaño, la falta de voluntad de contratar o de contratar en esas condiciones, justifica por sí sola la protección que ofrece la figura del dolo vicio del consentimiento (anulabilidad); no hace falta demostrar la existencia de otro daño o lesión derivada del contrato celebrado; sin embargo, el efecto lesivo es frecuente que se produzca en el contrato celebrado por dolo, y la desvinculación que permite la anulabilidad es un modo de corregir ese efecto».

⁵⁹⁹ Conviene recordar que aunque el dolo y el error a menudo se confundan –supuesto en que el dolo produce un error inducido– son vicios del consentimiento distintos con consecuencias jurídicas distintas. Cfr. MORALES MORENO, A. M., «Comentario al artículo 1269», en PAZ-ARES, C./DÍEZ-PICAZO, L./BERCOVITZ, R./SALVADOR CODERCH, P., (dirs.), *Comentario del Código Civil*, T. II, Ministerio de Justicia, 1991, p. 468.

⁶⁰⁰ DÍEZ-PICAZO, L., *loc. ult. cit.*

⁶⁰¹ Sobre los efectos dañosos, MORALES MORENO, A. M., «Comentario al artículo 1270», *cit.*, p. 470. Destacamos para nuestro supuesto de hecho destacamos la imposibilidad (física o jurídica de cumplir lo pactado).

⁶⁰² DÍEZ-PICAZO, L., *Fundamentos...*, T. I, *cit.*, pp. 199-200. MORALES MORENO, A. M., «Comentario al artículo 1270», *cit.*, pp. 470-471, distingue entre el «dolo que constituye vicio de la voluntad» y el dolo incidental como «criterio de imputación de responsabilidad», y entiende que el elemento de la gravedad, que la Ley sólo vincula al primero no tiene por qué no concurrir en el supuesto del dolo incidental. El dolo incidental se ubica en el ámbito de los supuestos subsumibles en la culpa *in contrahendo*.

⁶⁰³ MORALES MORENO, A. M., «Comentario al artículo 1270», *cit.*, p. 471.

⁶⁰⁴ Compartimos la puntualización de ALFARO ÁGUILA-REAL, J., «La llamada acción individual...», *cit.*, p. 69, que entiende que el resarcimiento limitado al interés negativo no ha de suponer necesariamente situar al acreedor en la misma posición que tendría si no hubiera contratado, sino en la posición que ocuparía si hubiera contratado con persona distinta, teniendo, por tanto, derecho «al lucro que habría obtenido de haber celebrado el contrato con otra persona». Además, como recuerda MARÍN DE LA BÁRCENA GARCIMARTÍN, F., *La acción individual...*, *cit.*, pp. 361-362, 365, no procede identificar de manera automática el daño con el valor del crédito adeudado por la sociedad.

3.3. Relación entre la gravedad del estado de crisis y el nacimiento del deber de información de los administradores

Partimos de considerar que en el caso de que se cause un daño al acreedor como consecuencia de suministrar información no veraz o incluso por omitir la información relativa a su situación empresarial en la fase de formación del contrato, se podrá exigir responsabilidad a los administradores vía acción individual de responsabilidad. El fundamento reside en la infracción de un deber objetivo de cuidado –de naturaleza extracontractual a pesar de que se manifieste en el ámbito de las negociaciones contractuales de la sociedad⁶⁰⁵- de suministrar información cierta que pesa de manera directa sobre los administradores en relación con los terceros que contratan con la sociedad en crisis, que se vulnera cuando el administrador se reserva una circunstancia relativa a la sociedad lo suficientemente relevante como para influir sustancialmente en la formación de la voluntad del tercero.

Ahora bien, la aplicación de la tesis expuesta al supuesto de contratación con sociedades en estado de crisis empresarial requiere diferenciar los distintos escenarios posibles. La cuestión resulta relativamente sencilla cuando la crisis es lo suficientemente aguda como para que la Ley disponga expresamente deberes que pesan sobre los administradores y que, a nuestro entender, además de la obligatoriedad de realizar las actuaciones que el deber específicamente disponga, fundamentan la existencia –de manera autónoma- de un deber objetivo de cuidado que los administradores tienen hacia los acreedores en este periodo de crisis y que concreta una obligación de informar a la contraparte contractual de la situación de crisis de la sociedad. Este el caso en el supuesto de que la sociedad se encuentre en situación de insolvencia actual, que activa el deber de solicitar el concurso⁶⁰⁶, o ante una situación de pérdidas cualificadas, que exige de los administradores la convocatoria de la Junta que ha de acordar la disolución, con independencia de que el órgano de administración aún se encuentre dentro del plazo legalmente establecido para el cumplimiento del deber.

⁶⁰⁵ En la hipótesis que planteamos, el administrador nunca podría ser considerado parte en el contrato de la sociedad con el tercero. Para un análisis de casos en que el administrador queda vinculado con el tercero, a pesar de que, aparentemente, el contrato se celebra entre el tercero y la sociedad, ALFARO ÁGUILA-REAL, J, «La llamada acción individual...», *cit.*, pp. 65-66.

⁶⁰⁶ No podemos obviar, sin embargo, que podría considerarse que lo expuesto choca con la posibilidad de mantener de manera reservada la existencia de negociaciones para alcanzar un acuerdo de refinanciación, extrajudicial de pago o para obtener adhesiones a una propuesta anticipada de convenio (cfr. art. 5 bis 3 II LC).

Consideramos que la concurrencia de alguna de estas circunstancias impone a los administradores –es decir, a los *obligados directamente al cumplimiento*- la comunicación de la situación de crisis –bien concursal, bien disolutoria- a aquellos que vayan a contratar con la sociedad. La imposición expresa de estos deberes simplemente ratifica el inicio de un periodo temporal con un marco legal distinto que afecta a los gestores societarios⁶⁰⁷. El deber de cuidado que pesa sobre los administradores se ve reforzado por el hecho de que, en el ámbito de la contratación, la contraparte contractual de la sociedad está amparada por un deber precontractual de protección cuyo cumplimiento recae sobre aquél que representa a la sociedad en su actuación frente a terceros. Y ello independientemente de quiénes sean los sujetos protegidos por los deberes de solicitud de concurso o de convocatoria de la Junta, porque este deber de información nace de una fuente distinta, la buena fe en las negociaciones contractuales. Nos detendremos a continuación en cada uno de los dos supuestos.

(a) En primer lugar, **si la sociedad se encuentra en situación de insolvencia actual**, entendemos que existe un específico deber de informar a los terceros de la situación financiera de la sociedad con que contratan, exigible a los administradores de manera autónoma y con independencia de la ausencia de solicitud de concurso –tanto si el cumplimiento es aún tempestivamente posible como si no⁶⁰⁸-, y con independencia, también, de si el futuro acreedor ha solicitado o no tal información. Ante una pregunta directa sobre la situación de la sociedad, ocultar dicha situación resultaría dolosamente contrario a la buena fe en las negociaciones con terceros. Más complejo es el caso de la omisión de información ante la ausencia de preguntas al respecto⁶⁰⁹. Para este supuesto, es necesario plantearse si derivada de la buena fe en las relaciones contractuales con terceros cabe esperar que se informe de dicha situación al tercero con que se contrata, para lo cual, conviene, a su vez, reflexionar sobre la finalidad de establecimiento de un deber de solicitud de concurso ante la insolvencia actual de la sociedad.

Por una parte, si la finalidad del legislador es evitar que sociedades en estado de insolvencia actual continúen operando al margen del procedimiento concursal, ofreciendo al mercado una

⁶⁰⁷ Según MARÍN DE LA BÁRCENA GARCIMARTÍN, F., *La acción individual...*, cit., p. 364, lo que concurre es un «deber objetivo de cuidado» en relación con la esfera jurídica de los acreedores de la sociedad.

⁶⁰⁸ El incumplimiento de un deber por parte del administrador no se puede nunca considerar excusa para el incumplimiento de otros deberes derivados del mismo supuesto de hecho generador del primero.

⁶⁰⁹ DE LA MAZA GAZMURI, I., «Deber de informar...», cit., p. 1863: «No toda abstención constituye una omisión, una abstención es simplemente no hacer algo, una omisión es dejar de hacer algo que el Derecho ordena hacer».

visión ficticia sobre la situación patrimonial de la sociedad (como manifiesta la existencia de un deber legalmente establecido de solicitar el concurso ante la insolvencia actual), resulta razonable exigir de la sociedad (en consecuencia, de sus representantes) que informe a los terceros que con ella contratan de la concurrencia del estado de insolvencia actual⁶¹⁰, *ello independientemente de que haya vencido el plazo para el cumplimiento del deber de solicitud de concurso*. El plazo legalmente establecido para solicitar el concurso no tiene más finalidad que la de facilitar tanto el correcto cumplimiento del deber como determinar que efectivamente se ha producido el incumplimiento⁶¹¹. En sentido contrario se podría alegar que el plazo sirve para que la sociedad tenga capacidad de negociar su salida de la crisis. Aunque admitimos que es una cuestión controvertida, nos decantamos en el sentido de opinar que la negociación de medidas de saneamiento sirve de legitimación, en tanto excluye a algunos de los interesados en el conocimiento de las verdaderas circunstancias concurrentes⁶¹². En el supuesto de admitir la exclusión de la información por resultar necesario para el éxito de las medidas de saneamiento, *dichas medidas tienen que ser realmente viables, y la negociación de las mismas diligente*⁶¹³.

En ausencia de tal información, el nuevo acreedor desinformado, si finalmente la sociedad incumple el contrato que los vincula, sufrirá un daño –fundamentado en un ilícito de naturaleza distinta al incumplimiento del contrato– que se ha considerar directo, en tanto no se produce perjuicio en el patrimonio social, sino únicamente en la esfera patrimonial del acreedor, y apto para el ejercicio de la acción individual de responsabilidad⁶¹⁴, en la parte del daño que no resulte compensado en un futuro concurso⁶¹⁵.

⁶¹⁰ ESTEBAN VELASCO, G., «La acción individual...», *cit.*, pp. 200-201; MARÍN DE LA BÁRCENA GARCIMARTÍN, F., *La acción individual...*, *cit.*, p. 364.

⁶¹¹ Así, un sector de la doctrina alemana defiende que desde que si se conoce que la situación es irreversible el correcto cumplimiento del deber exige no esperar al vencimiento del plazo. Cfr., *infra*, Parte Segunda, Capítulo III, B, 3.1.

⁶¹² En contra, sin embargo, el art. 5 bis 3 II LC.

⁶¹³ *Vid., supra*, pp. 27-28.

⁶¹⁴ ESTEBAN VELASCO, G., «La acción individual...», *cit.*, p. 201. Se considera oportuno reproducir aquí la fundamentación expuesta por el autor, habida cuenta de su capacidad clarificadora: «No se puede trasladar a los terceros que contratan con la sociedad los riesgos de esa situación de crisis conocida o que se debió conocer pero que se oculta o no se hace manifiesta como debía haber sucedido si los administradores hubieran cumplido con sus deberes. Por esto, frente a los nuevos acreedores, es decir los surgidos con ocasión de operaciones celebradas a partir del momento de situación de crisis concursal de la sociedad que permite presumir que se producirá el impago total o parcial, los administradores infractores de sus deberes deberán cargar con el daño causado».

⁶¹⁵ Compartimos la opinión de que no debe identificarse automáticamente el daño directo con la cuantía impagada del crédito (lo cual no quiere decir que en determinados supuestos dicha identificación no produzca). Como acertadamente se ha destacado [ALFARO ÁGUILA-REAL, J., «La llamada acción individual...», *cit.*, p. 69; ESTEBAN VELASCO, G., «La acción individual...», *cit.*, pp. 203-204 (con numerosas referencias jurisprudenciales); MARÍN DE LA BÁRCENA GARCIMARTÍN, F., *La acción individual...*, *cit.*, p. 365], en tanto el daño no se deriva del incumplimiento contractual sino de la infracción de un deber de informar de buena fe, el resarcimiento consistirá en restaurar al acreedor en la

(b) Las conclusiones expuestas son asimilables, en términos generales, **para la situación de pérdidas cualificadas que no impliquen situación de insolvencia actual**⁶¹⁶. Desde el momento en que los administradores conocen tal coyuntura, la información de las pérdidas cualificadas es inexcusable. En coherencia con lo ya expuesto, hemos de defender que la obligación de la información de las pérdidas cualificadas antes de la celebración de la Junta que ha, supuestamente, de acordar la disolución, en dos casos: primero, si el contratante pregunta por la situación financiera de la sociedad; segundo, si el administrador, analizando la situación societaria, considera que la situación de pérdidas cualificadas compromete seriamente las posibilidades de cumplir el contrato⁶¹⁷.

(c) El problema se torna incluso más complejo **si la sociedad se encuentra en el estado que nosotros hemos denominado de crisis empresarial (concepto estricto)**, se identifique o no con lo que la Ley concursal define como insolvencia inminente⁶¹⁸.

Primero, si, encontrándose la sociedad en situación de crisis empresarial asimilable a la insolvencia inminente, se ha conformado la voluntad societaria de solicitar el

posición patrimonial en que se encontraría si hubiera sido informado correctamente, habitualmente, en la situación en que se encontraría si no hubiera contratado con la sociedad (interés negativo). Sin embargo, en el supuesto de que la contratación con esa sociedad exigiera haber perdido una oportunidad de negocio alternativa (v. gr. por la existencia de un pacto de exclusiva), el daño directo habrá de incluir este coste de oportunidad. En cualquier caso, existirán siempre dos deudas distintas (la contractual contra la sociedad y la extracontractual contra el administrador), lo que no impide que la satisfacción de una aminoré o incluso extinga la otra. Contra, MUÑOZ PLANAS, J.M./MUÑOZ PAREDES, J.M., «Repercusiones del concurso de la sociedad sobre la responsabilidad de los administradores», *RDM* 250/2003, pp. 1355-1356, que consideran que el pago realizado por el administrador con fundamento en la acción individual constituye un «pago de deuda ajena».

⁶¹⁶ En el supuesto de que concurrieran con la pérdida cualificada situación de insolvencia actual, los deberes concursales desplazan a los societarios, por lo que resulta de aplicación lo expuesto para el escenario concursal.

⁶¹⁷ ESTEBAN VELASCO, G., «La acción individual...», *cit.*, p. 199, conecta la responsabilidad a un escenario donde ya se ha producido el incumplimiento de los deberes disolutorios. Compartimos su posición en relación con los restantes elementos necesarios para la imputación de responsabilidad: «es preciso que en el caso, el conocimiento de esa situación de crisis (...) hubiera podido influir en que la operación se hubiera desarrollado en otras condiciones (o que ni siquiera se hubiera realizado). (...) sólo será posible la imputación de responsabilidad cuando el conocimiento de esa situación, dadas las circunstancias del caso (...) era decisiva en la negociación».

⁶¹⁸ Los parámetros ofrecidos por la LC para determinar la insolvencia inminente definen un *grado de crisis*, pero, como se ha expuesto al estudiar dicho estado, no es el *único grado de crisis*. El estado de insolvencia inminente definido por la LC tiene la específica virtualidad de permitir a la sociedad iniciar voluntariamente un procedimiento concursal. Pero a los efectos de conformación de la voluntad de aquél que pretenda contratar con la sociedad en crisis, consideramos que es indiferente si dicha crisis coincide con la insolvencia inminente de la LC.

concurso⁶¹⁹, habrá que considerar necesario informar al tercero con el que se contrata de lo incipiente de la situación concursal de la sociedad⁶²⁰. Si bien la solicitud de concurso es voluntaria, el inicio del procedimiento concursal es un evento que afecta a la vida societaria de la suficiente relevancia como para influir en la conformación de la voluntad del acreedor. Además, no podemos obviar la modificación en la jerarquía de intereses que se produce en el procedimiento concursal que, podría defenderse, se activa ya en el momento en que la sociedad ha decidido el inicio de dicho procedimiento. Ha de entenderse que el derecho de información del acreedor ante la situación concursal es independiente de que el inicio del procedimiento se fundamente en la inminencia o actualidad de la insolvencia. En tanto se va a iniciar el procedimiento concursal, los intereses que priman son los de los acreedores y el derecho de conocimiento de la situación concursal de la sociedad es inherente a dicho interés⁶²¹.

En cambio, ante la ausencia de procedimiento concursal o voluntad societaria manifiesta de iniciarlo, el nacimiento de deberes de información a favor de los nuevos acreedores no se puede fundamentar directamente en el deber primario de solicitar el concurso y la exteriorización, en protección de terceros, que el mismo impone, sino en la existencia, como se ha defendido, de un deber objetivo general de cuidado que pesa sobre los administradores frente a terceros que se relacionan con una sociedad en situación de crisis, que exige evitar que el tercero contrate con la misma *desinformado*. Aunque, es evidente que si el administrador informase voluntariamente a los posibles nuevos contratantes de la situación de crisis de la empresa se podrían perjudicar las posibilidades de recuperación financiera de ésta, también es innegable que, en la mayoría de los casos, los terceros no contratarían en los mismos términos si fueran conocedores de esta situación. En el fondo, lo que se plantea, es un conflicto entre los intereses de los socios y los intereses de los futuros acreedores. Una vez iniciado el procedimiento concursal prima la satisfacción de los intereses de los acreedores, tal es el fin del concurso⁶²². Lo complejo es determinar si éstos son también los intereses principales cuando, estando la sociedad en estado de crisis, decide *lícitamente* no

⁶¹⁹ Con «proceso societario» nos referimos al procedimiento de *decisión* de la solicitud de concurso. *Vid., infra*, al respecto del órgano legitimado para decidir sobre la solicitud de concurso, Parte Segunda, Capítulo III, C, 2.1.

⁶²⁰ ESTEBAN VELASCO, G., «La acción individual...», *cit.*, pp. 202-203.

⁶²¹ *Vid., supra*, Parte Primera, Capítulo II. Cuestión distinta son los problemas de prueba de este *ánimo concursal*.

⁶²² *Cfr., supra*, Parte Primera, Capítulo II, C.

solicitar el concurso⁶²³. En conclusión, la pregunta es si estando la sociedad en una situación de crisis empresarial distinta a la insolvencia actual surgen los mismos deberes de información a favor de los acreedores que en estos dos últimos supuestos⁶²⁴.

En este momento es preciso referir lo expuesto en el tema del interés social en la crisis empresarial. Siendo congruentes con lo allí manifestado, hemos de defender que el interés social en este momento de crisis ha de alinearse con el interés de los acreedores, existentes y potenciales, siendo, por tanto, exigible la información a aquél que vaya a contratar con la sociedad del estado financiero de la misma⁶²⁵.

C. Intromisión lesiva en la fase de ejecución de contratos existentes entre la sociedad y terceros. El incumplimiento selectivo de los contratos aplicado a la fase de crisis

A continuación plantearemos la posibilidad de exigencia de responsabilidad a los administradores por los daños sufridos por acreedores societarios derivados del incumplimiento contractual selectivo por parte de la sociedad en el periodo de crisis. La complejidad de la cuestión reside, como es evidente, en fundamentar la imputación de responsabilidad a los administradores teniendo en cuenta que el vínculo contractual existe únicamente entre la sociedad y el acreedor.

⁶²³ Es conveniente aquí una matización: es cierto que no todo estado de crisis se identifica con el definido por la LC como insolvencia inminente, y, por tanto, no siempre que la sociedad se encontrara en situación de crisis estaría legitimada para el inicio del procedimiento concursal por falta de concurrencia de uno de los presupuestos procesales exigidos. Sin embargo, también es razonable pensar que la amplitud del presupuesto de insolvencia inminente permite subsumir en él la mayoría de los supuestos de crisis.

⁶²⁴ Preocupado por la respuesta a esta cuestión y su influencia en el régimen de responsabilidad de los administradores, ESTEBAN VELASCO, G., «La acción individual...», *cit.*, p. 198, entiende, en relación con la crisis disolutora, que «ha de evitarse que la asunción de obligaciones en situaciones de grave endeudamiento se traduzcan en una sistemática responsabilización de los administradores (...) pero hay un momento a partir del cual los intereses de protección de los acreedores pasan al primer plano de la consideración también en la disciplina de la responsabilidad de los administradores».

⁶²⁵ A los nuevos acreedores hay que añadir aquellos antiguos «que mantenían con la sociedad una relación jurídico-obligatoria duradera y hubieran podido rescindir válidamente el contrato si hubiesen conocido la situación» (MARÍN DE LA BÁRCENA GARCIMARTÍN, F., *La acción individual...*, *cit.*, p. 364).

1. Derecho estadounidense⁶²⁶

La Jurisprudencia estadounidense viene admitiendo de manera general como modalidad de ilícito extracontractual la intromisión dolosa en las relaciones contractuales ajenas (*tort of intentional interference with contractual relations*)⁶²⁷. Aunque los elementos del *tort of intentional interference* varían según el estado, la mayoría toman su regulación del *Restatement (Second) of Torts*, que establece que el que intencionadamente interfiera en la ejecución de un contrato que se celebra entre otra persona (p. ej., una sociedad) y un tercero (p. ej., un acreedor), induciendo a uno de los contratantes o causando de cualquier modo el incumplimiento del contrato, será responsable hacia la parte perjudicada por el incumplimiento por el daño derivado del incumplimiento contractual. Esta norma adquiere especial relevancia cuando una sociedad en situación de crisis empresarial comienza a incumplir contratos, perjudicando a algunos de sus acreedores.

En estos casos la doctrina se ha planteado la necesidad de encontrar fundamentos para no aplicar el concepto de la eficiencia de la ruptura del contrato (*efficient breach of a contract*) del Derecho de contratos, según el cual cualquier parte en un contrato puede incumplirlo si considera que la penalización por el incumplimiento resulta más eficiente que el cumplimiento en sí mismo, independientemente del motivo. La existencia de este concepto obliga a plantearse por qué ha de considerarse dañoso un comportamiento, en principio, permitido por la Ley⁶²⁸. Para poder imputar a los administradores sociales responsabilidad frente a los acreedores contractuales de la sociedad, será necesario que, además del daño producido a consecuencia del incumplimiento de ésta (*breach of the duty*), se produzca un comportamiento ilícito independiente y dañoso por parte del administrador (*independent tort*). Se reconoce así la posibilidad de ejercitar dos

⁶²⁶ Limitamos la referencia comparada a una breve mención al Derecho estadounidense, por su peculiaridad. El régimen germano no permite la tutela aquiliana de derechos de crédito. Por su parte, el ordenamiento italiano, sigue en este sentido, como el nuestro, el modelo francés, siendo asimilables las conclusiones a la que ha alcanzado la doctrina que, en nuestro país, con más profundidad ha abordado la cuestión. Para esta y el resto de cuestiones que la tutela aquiliana del crédito plantea, nos remitimos, por todos, a la obra monográfica de FERNÁNDEZ ARÉVALO, A., *La lesión extracontractual del crédito*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1996.

⁶²⁷ Vid., por ejemplo, LANDRENAU, K.P., «Piercing the corporate veil: personal liability of a corporate officer for intentional interference with contract: *9 to 5 Fashions Inc. v. Spurney*», 51 *La. L. Rev.* 141 (1990-1991), p. 143.

⁶²⁸ AMES, O.K., «Tortious interference with business relationships: the changing contours of this commercial tort», 35 *Cumb. L. Rev.* 317 (2004-2005), p. 331.

acciones diferentes por el mismo daño: la derivada del incumplimiento contractual frente a la sociedad y la derivada del ilícito extracontractual del administrador⁶²⁹.

Para que se admita la responsabilidad extracontractual del administrador es necesario que concurran cuatro elementos. Un conocimiento del administrador de la existencia del contrato, la inducción al incumplimiento de la sociedad por parte del administrador, la existencia de un daño al acreedor causalmente vinculado al incumplimiento contractual de la sociedad y la ausencia de una justificación legítima para el comportamiento del administrador⁶³⁰.

El complejo equilibrio que plantean los supuestos de *tort of intentional interference with contractual relations*, reside en que, por una parte, los administradores sociales tienen el deber de actuar conforme al interés social, e inherente a este deber está el de incumplir contratos de la sociedad si es en el mejor interés de la misma. Por otra, se plantea si el comportamiento de los administradores en interés de la sociedad ha de tener algún límite, en la medida en que afecta a un tráfico jurídico que confía en el cumplimiento de los contratos. Y, a pesar de que la decisión de formar parte de un contrato conlleva la de asumir el riesgo de que la contraparte no lo cumpla, no está claro que dicho riesgo incluya el de que un tercero, sin ser parte en el contrato, motive el incumplimiento. En cualquier caso, cuando los administradores actúan de mala fe o en su propio interés y no en el de la sociedad, deberán responder personalmente por los daños derivados del incumplimiento de la sociedad⁶³¹.

⁶²⁹ Ha estudiado esta cuestión en nuestra doctrina, entre otros, MARÍN DE LA BÁRCENA GARCIMARTÍN, F., «Acciones de responsabilidad...», *cit.*, p. 247.

⁶³⁰ La doctrina estadounidense ha apuntado la relevancia del elemento de la justificación del comportamiento del administrador para la posible imputación de responsabilidad. En primer lugar, el demandante tendrá que probar la intencionalidad del comportamiento del administrador. Una vez demostrada, la carga de la prueba se desplaza al administrador, que tendrá que motivar la correcta justificación de su comportamiento y, por tanto, su licitud. *Vid.* LANDRENAU, K.P., *op. cit.*, p. 144.

⁶³¹ *Vid.* LANDRENAU, K.P., *op. cit.*, p. 148, que vincula el argumento ahora desarrollado con la doctrina del levantamiento del velo al establecer que «los comportamientos desleales del administrador no deben ser amparados por el escudo de la personalidad jurídica». MARÍN DE LA BÁRCENA GARCIMARTÍN, F., *La acción individual...*, *cit.*, p. 319, destaca que «en la base de todos estos casos se encuentra la necesidad de combinar adecuadamente la protección de la relación administrador-sociedad y, por consiguiente, la defensa por parte de los administradores de los intereses de la sociedad y el interés del tráfico jurídico en general».

2. Responsabilidad por interferencia lesiva del administrador en la ejecución de los contratos de la sociedad con terceros. Recurso a la doctrina de la tutela aquiliana del crédito

2.1. Introducción

Con el concepto de «tutela aquiliana del crédito» se hace referencia a un supuesto de responsabilidad extracontractual como medio de reparación de *la lesión extracontractual del derecho de crédito por un tercero, distinta de la lesión imputable al deudor*. Así, mientras la lesión imputable al deudor encuentra su vía de reparación natural en la tutela contractual, «la lesión culpable de un derecho de crédito, como derecho subjetivo, como situación jurídica creada y reconocida por el ordenamiento, imputable a un tercero, genera para este sujeto la obligación de reparar el daño causado». En tanto supuesto de responsabilidad extracontractual, los presupuestos para el ejercicio de la acción son los de aquélla, sin mayores especialidades, limitándose, eso sí, el daño indemnizable a la cuantía insatisfecha por el deudor⁶³².

La admisión de este mecanismo de tutela se fundamenta, en primer lugar, en una evolución en la concepción de las relaciones jurídicas contractuales, como demuestra la superación del rechazo inicial que la construcción de la lesión extracontractual del crédito producía por su aparente oposición al principio de relatividad de los contratos⁶³³. Pero, además, es consecuencia de la naturaleza de nuestro sistema de responsabilidad extracontractual, que, en tanto no configurado sobre la tipicidad de determinados comportamientos sino sobre una cláusula general, permite la extensión de dicha responsabilidad a numerosos supuestos⁶³⁴. Al no exigir el supuesto de hecho del artículo 1902 CC la *lesión de un derecho subjetivo absoluto del dañado*, resulta admisible la indemnización de los derechos subjetivos relativos⁶³⁵, y, en consecuencia, la tutela

⁶³² Para una aproximación inicial a la figura, FERNÁNDEZ ARÉVALO, A., *op.cit.*, pp. 24-27.

⁶³³ FERNÁNDEZ ARÉVALO, A., *op.cit.*, p. 23.

⁶³⁴ En palabras de PANTALEÓN PRIETO, F., «De las obligaciones que nacen de la culpa o negligencia. Comentario al art. 1902», en PAZ-ARES, C./DÍEZ-PICAZO, L./BERCOVITZ, R./SALVADOR CODERCH, P. (dir.), *Comentario del Código Civil*, T. II, Secretaría General Técnica, Centro de Publicaciones, Madrid, 1991, pp. 1994, «[n]uestro sistema de responsabilidad extracontractual no es un sistema “típico” (como p. ej. el del BGB), sino de “cláusula general”: todo daño puede ser indemnizable, salvo que el interés lesionado sea indigno de protección en cuanto ilícito o contrario a la moral social». Pone el autor como ejemplo de este tipo de daños «no indemnizables» al que pudiera sufrir un proxeneta por la muerte de una de las prostitutas a las que explotaba.

⁶³⁵ Sobre la distinción entre derechos subjetivos absolutos y relativos: Kelsen, H., *Teoría general del Derecho y del Estado*, trad. E. GARCÍA MÁYNEZ, 5ª reimp., Universidad Autónoma de México, México D.F., 1995, p. 100.

extracontractual del crédito⁶³⁶. Es más: «en nuestro ordenamiento existe tutela aquiliana, no sólo de los derechos de crédito, sino también de los meros intereses de hecho»⁶³⁷.

No es este momento para abordar con mayor detenimiento el estudio de la tutela aquiliana del crédito, para lo cual nos remitimos a la doctrina citada. Sin embargo, sí que es conveniente detenernos en determinados casos que, consideramos, pueden aplicar al supuesto de hecho que en esta tesis se analiza.

2.2. Aplicación de la tutela aquiliana del crédito a supuestos de incumplimiento contractual selectivo por sociedades en crisis

La doctrina ha estudiado, entre otros casos de lesión extracontractual del crédito, el de la interferencia lesiva producida por el auxiliar del empresario. Planteamos ahora si este supuesto es analógicamente aplicable –y, de ser así, con qué modificaciones- al caso en que el deudor es una sociedad y la interferencia lesiva se produce por un administrador de la misma, teniendo en cuenta el cuidado que la cuestión exige para evitar el riesgo desembocar un régimen de responsabilidad de administradores de un rigor desmedido.

En principio, la interferencia dañosa en la relación crediticia conducente al incumplimiento de la obligación por parte del deudor, producida por un tercero legitimado por este deudor⁶³⁸, implica una *acumulación de distintas responsabilidades por un mismo daño*: el daño que sufre el acreedor derivado del incumplimiento.

Consideramos que este supuesto podría aplicar al caso de administradores que, ante la situación de crisis de la sociedad, deciden incumplir de manera selectiva determinados

⁶³⁶ PANTALEÓN PRIETO, F., «De las obligaciones que nacen de la culpa o negligencia. Comentario al art. 1902», *cit.*, p. 1994.

⁶³⁷ PANTALEÓN PRIETO, F., «Responsabilidad extracontractual» (voz), MONTOYA MELGAR, A. (dir.), *Enciclopedia Jurídica Básica*, T IV, Civitas, Madrid, 1995, p. 5946. En el mismo sentido, reafirma FERNÁNDEZ ARÉVALO, A., *op.cit.*, p. 25: «Y es que del tenor literal del art. 1902 C.C. no puede deducirse que exista una diferenciación entre derechos subjetivos, unos considerados reales, otros de crédito, a los solos efectos de que estos últimos queden excluidos de su ámbito de protección. (...) Allí donde la ley no distingue, no nos parece oportuno distinguir para venir precisamente a tratar de modo perjudicial al titular de un derecho subjetivo cual es el de crédito, creado y reconocido a su titular por el ordenamiento».

⁶³⁸ El supuesto *lesión del derecho de crédito con concurrencia de responsabilidades del deudor y un tercero* incluye también el caso, que no estudiaremos, de interferencia no legitimada. *Vid.*, sobre esta cuestión, por todos, FERNÁNDEZ ARÉVALO, A., *op. cit.*, pp. 331-351.

contratos⁶³⁹. Aunque, en principio, el tercero (administrador) se encuentra al margen de la relación jurídica que vincula al deudor (sociedad) con el acreedor, sí que está jurídicamente vinculado con el deudor por la legitimación conferida por éste. Lo trascendente es en qué medida dicha legitimación –que sí le permite intervenir en el cumplimiento de la obligación entre el deudor y el acreedor, a la cual, en principio, es ajeno- le faculta para interferir obstaculizando la correcta ejecución de la referida obligación⁶⁴⁰.

En consecuencia, el acreedor dispondría de dos acciones: una frente al deudor, derivada de su responsabilidad contractual, *para el supuesto en que el tercero legitimado no hubiera actuado con la misma diligencia exigible al deudor*⁶⁴¹; y otra, extracontractual, frente al tercero, *por la autoría directa del daño*⁶⁴². En tanto que extracontractual, y, por tanto, basada en el 1902 CC, habrán de concurrir todos los elementos que el 1902 CC exige, entre los que destacamos la necesidad de que el comportamiento lesivo sea doloso o culposo para ser susceptible de generar tutela aquiliana del crédito⁶⁴³.

⁶³⁹ Cabría plantear si se puede considerar dentro del ámbito del dolo eventual que permite la aplicación de la tutela extracontractual al administrador cuando, con posterioridad a la realización del contrato, una gestión excesivamente arriesgada por su parte produce un daño al patrimonio social que perjudica la capacidad de cobro del acreedor (sobre la *lesión extracontractual del crédito por creación de nuevos riesgos no reconducibles a la esfera del mismo*, MARÍN DE LA BÁRCENA GARCIMARTÍN, F., *La acción individual...*, cit., pp. 341-342). Sin embargo, nos decantamos por entender que no procede esta aplicación. Por una parte, porque el riesgo de insolvencia de la contraparte no es ajeno a los riesgos propios del contrato. En segundo lugar, porque no consideramos que quepa considerar que nos encontramos en un supuesto de dolo eventual. El administrador no asume la posibilidad de perjuicio de un crédito determinado, sino que perjudica, en general, la capacidad de pago de la sociedad.

⁶⁴⁰ FERNÁNDEZ ARÉVALO, A., *op. cit.*, pp. 352-353.

⁶⁴¹ Así, FERNÁNDEZ ARÉVALO, A., *op. cit.*, p. 354. Al respecto, resulta interesante la siguiente apreciación que realiza la autora: «Si bien en alguna época era admitido que el deudor debía responder únicamente en los casos en que existiese lo que se denominó *culpa in vigilando*, o *culpa in eligendo*, actualmente hay un acuerdo unánime en que la responsabilidad del deudor en supuestos de intervención de terceros por él legitimados no puede ser medida con ese cicatero criterio subjetivista, sino que se debe partir precisamente de esa legitimación que el obligado otorga al tercero. No obstante, estimamos que el deudor debe responder siempre y cuando el auxiliar incumpla la diligencia exigible a aquél. Es decir, no basta que el auxiliar –*strictu sensu* y sustituto- haya incumplido sin más, porque esto se puede deber a un acontecimiento del todo imprevisible, que estuviera contemplado por la ley o el contrato con efecto exonerador. Es necesario además que aquel tercero deje de cumplir contraviniendo de cualquier modo el tenor de la obligación (art. 1011 *in fine* CC)»; PANTALEÓN PRIETO, F., «Responsabilidad por hecho ajeno», MONTAÑA MELGAR, A. (dir.), *Enciclopedia Jurídica Básica*, T IV, Civitas, Madrid, 1995, p. 5958) «El deudor que encomienda a otra persona el cumplimiento total o parcial de su programa obligacional responde de todo incumplimiento referible a ésta, que hubiera sido imputable al deudor de haber actuado como su auxiliar en el cumplimiento lo ha hecho; y ello, aunque el deudor no haya incurrido en culpa alguna en la elección, dirección o control del auxiliar. [...] Resulta aquí indiferente que entre el deudor y el auxiliar en el cumplimiento exista o no una relación de dependencia. [...]».

⁶⁴² FERNÁNDEZ ARÉVALO, A., *op. cit.*, p. 351.

⁶⁴³ FERNÁNDEZ ARÉVALO, A., *op. cit.*, pp. 358-359.

Sin embargo, la aplicación de la doctrina expuesta al administrador que, dentro del ámbito de funciones y competencias propias de la naturaleza orgánica de su cargo, decide el incumplimiento –en principio, en interés de la sociedad- de uno o varios contratos exige fundamentar si, ciertamente, resulta pertinente tal extensión. Nuestra doctrina discute no sólo la pertinencia, sino también la necesidad del recurso a la tutela aquiliana del crédito para el caso de los administradores societarios, ante la existencia de otras herramientas jurídicas que considera más idóneas, limitándose la aplicación a los supuestos (1) en que se causan daños distintos a los derivados del incumplimiento de la prestación, (2) los daños se derivan de la infracción de una norma distinta del contrato (supuesto del dolo) o (3) se crea un riesgo nuevo y ajeno a los propios del contrato⁶⁴⁴. En la hipótesis de trabajo planteada –incumplimiento selectivo de contratos por causa de la situación de crisis- consideramos que cabe el recurso a la tutela aquiliana del crédito si se puede considerar que la lesión producida por la actuación del administrador lo es a título de dolo (incluyendo dolo eventual)⁶⁴⁵.

⁶⁴⁴ Así, MARÍN DE LA BÁRCENA GARCIMARTÍN, F., *La acción individual...*, cit., pp. 325-326, 328-331.

⁶⁴⁵ En general, la naturaleza extracontractual de la acción permitiría fundamentar la pretensión en la existencia de una conducta tanto culposa como dolosa del tercero. Así, FERNÁNDEZ ARÉVALO, A., *op. cit.*, pp. En cambio, considera MARÍN DE LA BÁRCENA GARCIMARTÍN, F., *La acción individual...*, cit., p. 329, que, en el contexto societario, derivada de la necesaria coordinación entre responsabilidad societaria y responsabilidad contractual: «ni los administradores ni cualquier otro auxiliar de la sociedad, responden por la defectuosa ejecución de los contratos asumidos por ésta con sus acreedores, por muy directos que sean los daños y mucha negligencia imputable en el cumplimiento de sus deberes de ejecutar personalmente la prestación debida por esos contratos o velar porque la sociedad las cumpla». En su opinión, (pp. 329-331), lo que ocurre es que «las normas sobre responsabilidad orgánica (...) quedan desplazadas por las de responsabilidad civil contractual que rigen la relación entre la sociedad y el acreedor perjudicado (...) que son las únicas (...) en las que se puede basar una pretensión indemnizatoria de este tipo de daños. El ámbito de protección de la norma fundadora de la responsabilidad contractual (el contrato) se circunscribe exclusivamente a quienes han establecido esa norma para que rijan “sus” relaciones, que son la sociedad y el acreedor, y no los administradores de la primera. El contrato sólo vincula a quienes han aceptado y distribuido entre sí los riesgos derivados de la infracción de la reglamentación contractual entre ellos establecida, por lo que los daños que sean realización de los riesgos objeto de esa reglamentación (el impago) no son objetivamente imputables al comportamiento del administrador cuanto éste consista en la mera infracción de tal regla contractual».

Destaca ESTEBAN VELASCO, G., «La acción individual...», *cit.*, pp. 207-211, en cuya opinión cabe el recurso al artículo 241 LSC en los supuestos de incumplimiento contractual, al margen del supuesto del actuar doloso, fundamentado en una infracción del deber de diligencia en relación con socios, acreedores o terceros, que hay que ser especialmente cuidadosos al delimitar en qué casos el incumplimiento contractual está fundamentada en decisiones de gestión admisibles (y no en el mero deseo de perjudicar a un acreedor determinado), por ejemplo, en el escenario de una situación de dificultades financieras, por el diseño de una determinada política de pagos. Estando totalmente de acuerdo con el citado autor, creemos conveniente destacar que el foco de atención debe ponerse en las medidas a tomar por el administrador en este escenario. Si existe, como existe, un procedimiento legalmente diseñado para garantizar la igualdad de trato que el legislador desea que se respete en el contexto de la crisis existente en la preinsolvencia (lo que se comprueba por la posibilidad de iniciar el proceso concursal en el supuesto de insolvencia inminente) consideramos que el administrador debe respetar esta igualdad de trato deseada por la Ley e

El escenario que planteamos es aquel en que, **ante una situación de crisis**, el administrador elige conscientemente perjudicar a uno o varios acreedores concretos ordenando el impago de sus créditos, en beneficio, aunque indirecto, de otros acreedores a los que decide continuar pagando⁶⁴⁶. Si posteriormente la empresa se recupera de esta situación, y es capaz de hacer frente al pago del crédito postergado, así como a los intereses moratorios que se hayan generado, resarcirá contractualmente al acreedor por la mora en el pago. Sin embargo, cabe la posibilidad de que la situación desemboque en un proceso concursal. Y la situación del acreedor postergado en relación con el resto de acreedores no postergados en el concurso será, de partida, peor, en tanto su posición crediticia ha sido directa e individualmente perjudicada⁶⁴⁷. En cuanto a la responsabilidad por deudas, sólo procederá en el supuesto de que la obligación impagada haya nacido con posterioridad a la concurrencia de la causa de disolución.

Así, consideramos que debe profundizarse en el estudio de la posible imposición de responsabilidad extracontractal al administrador que, de manera consciente y voluntaria, ante una situación de crisis empresarial, da la orden directa de no cumplir un contrato; responsabilidad que tendrá el carácter de orgánica en tanto derivada de una actuación realizada en el ejercicio del cargo y que exigirá para su nacimiento todos los elementos que le son propios y que han sido sobradamente enunciados en este trabajo. La responsabilidad del administrador, que se acumulará a la propia de la sociedad –con fundamento en lo argumentado en el párrafo siguiente–, estará limitada a los daños «objetivamente imputables al comportamiento del administrador»⁶⁴⁸.

Por último, cuando el tercero legitimado es un auxiliar, el hecho de que existan dos incumplimientos distintos –uno derivado del incumplimiento formal del principal, otro

iniciar el proceso concursal o, al menos, tomar medidas que respeten esa composición de intereses legalmente deseada.

⁶⁴⁶ Limitamos nuestro estudio a esta hipótesis, que nos parece relevante en relación con la gestión de las sociedades en crisis. Para un análisis de la posible exigencia de responsabilidad de administradores por lesión de un derecho de crédito derivada de la infracción de normas jurídicas o la creación de nuevos riesgos, *vid.*, MARÍN DE LA BÁRCENA GARCIMARTÍN, F., *La acción individual...*, cit., pp. 340-342.

⁶⁴⁷ Incluso en el supuesto de que existiera fundamento para la imposición de responsabilidad concursal, la cobertura del déficit que se consigue mediante este mecanismo (que no tiene por qué ser total, en tanto es posible que los patrimonios de los administradores responsables resulten insuficientes para la cobertura del déficit) beneficia por igual a todos los acreedores.

⁶⁴⁸ PANTALEÓN PRIETO, F., «El sistema de responsabilidad contractual (Materiales para un debate)», *ADC*, 1991, p. 1036. En el mismo sentido, MARÍN DE LA BÁRCENA GARCIMARTÍN, F., *La acción individual...*, cit., pp. 339: «El límite de la responsabilidad personal del administrador vendrá determinado mediante la aplicación de los criterios generales de imputación objetiva (*v. gr.*, responderá por los daños previsibles en el momento en que adoptó la decisión de incumplir (...)).».

material, derivado del comportamiento del auxiliar- supone que el acreedor disponga de dos acciones distintas, la contractual por el incumplimiento formal frente al deudor, y la extracontractual por el incumplimiento material, frente al auxiliar⁶⁴⁹ (ello al margen de la acción de regreso de que disponga el principal *ex art.* 1904 CC), concurrencia para la cual la Ley no ha establecido subsidiariedad alguna. Por tanto, el acreedor perjudicado podrá dirigirse tanto contra el deudor como contra el auxiliar, alternativa o conjuntamente⁶⁵⁰, con el límite del enriquecimiento injustificado que se produciría si se sobrepasara el efectivo daño sufrido por el acreedor⁶⁵¹. En el supuesto del administrador societario, de considerar admisible el recurso a la tutela aquiliana del crédito, además de la pretensión contractual existente en relación con la sociedad, la pretensión indemnizatoria frente al administrador debería ejercitarse vía acción individual, en tanto la interferencia lesiva la produce el administrador *en el ejercicio de funciones o competencias propias del cargo*⁶⁵². Si la interferencia lesiva se produce por el administrador desempeñando actividades «accesorias a las orgánicas», será posible la tutela del crédito pero discutible si mediante el recurso a la acción individual o *ex artículo* 1902 CC, como si de cualquier auxiliar no administrador se tratase⁶⁵³.

⁶⁴⁹ PANTALEÓN PRIETO, F., «Cometario a la Sentencia de 19 de junio de 1984», *CCJC*, 6/1984, p. 1977.

⁶⁵⁰ Al respecto, con ulteriores referencias, FERNÁNDEZ ARÉVALO, A., *op. cit.*, pp. 361-362.

⁶⁵¹ FERNÁNDEZ ARÉVALO, A., *op. cit.*, p. 359.

⁶⁵² Sobre la acumulación de la acción de incumplimiento de la sociedad y de la acción de responsabilidad de los administradores, *vid.* STS nº 315/2013 de 23 de mayo, donde se reitera la doctrina del TS manifestada en la STS nº 539/2012 de 10 de septiembre (cfr. esp. el fundamento de derecho sexto), sentando jurisprudencia a favor de la acumulación ante el Juzgado de lo Mercantil.

⁶⁵³ Sobre las actividades «accesorias a las orgánicas» y su relación con la imputación de responsabilidad al administrador, *vid.*, con interesantes referencias a la doctrina alemana, MARÍN DE LA BÁRCENA GARCIMARTÍN, F., *La acción individual...*, cit., p. 172.

CAPÍTULO II. DEBERES Y RESPONSABILIDAD DE ADMINISTRADORES EN LA CRISIS DISOLUTORIA

A. Introducción

La crisis disolutoria ha sido un tema ampliamente trabajado por nuestra doctrina. Sin embargo, consideramos pertinente este capítulo por tres razones. La primera, porque la definición de *crisis disolutoria* resulta necesaria para la correcta comprensión del estado de crisis empresarial. En segundo lugar, porque los deberes de los administradores en la crisis disolutoria forman parte del estatuto de los deberes de los administradores en la crisis empresarial, por lo que son de referencia obligada en esta tesis. En tercer y último lugar, porque, desde nuestro punto de vista, el estudio de la naturaleza de la responsabilidad de los administradores por las obligaciones sociales sirve, por comparación y contraposición, para el estudio de la tan controvertida responsabilidad concursal.

En consecuencia, revisaremos los deberes y responsabilidad de los administradores en la crisis disolutoria, comenzando por realizar una breve pero conveniente referencia a algunas regulaciones foráneas. En relación con la concreción del concepto de pérdidas, nos remitimos, en términos generales, a lo ya expuesto en la Parte Primera, Capítulo Primero. Se volverá ahora sobre esta cuestión en cuanto la aparición de las mismas determina el inicio de la llamada crisis disolutoria y el nacimiento de deberes de los administradores propios de esta crisis.

B. Algunos apuntes de Derecho comparado

1. Disolución por pérdidas. Deberes y responsabilidad de administradores en el Derecho italiano

1.1. Los deberes de los administradores en la disolución en Derecho italiano

También en el ordenamiento italiano la existencia de pérdidas calificadas⁶⁵⁴ exige de los administradores el cumplimiento de ciertas obligaciones que, en definitiva,

⁶⁵⁴ Se utilizará, por ser la expresión común en nuestra doctrina, la de «pérdidas calificadas», teniendo en cuenta, que, en Derecho italiano, como ya se explicó, deberán ser pérdidas de más de un tercio del capital por las cuales éste se reduzca por debajo del límite legal. *Vid., supra*, Parte Primera, Capítulo I, B, 1.2.

determinan y limitan su capacidad de actuación en esta coyuntura societaria⁶⁵⁵. Se pueden agrupar en dos categorías: (1) las relacionadas con la *determinación de la causa de disolución e inicio del procedimiento liquidatorio* y (2) las relacionados con la *obligación de gestión de la sociedad al sólo fin de la conservación del capital social*. El incumplimiento de dichas obligaciones por parte de los administradores puede implicar su responsabilidad por los daños eventualmente causados a la sociedad, socios, acreedores sociales y terceros.

1.1.1. La obligación de constatar la concurrencia de la causa de disolución e iniciar el procedimiento liquidatorio

El artículo 2485 c.c.⁶⁵⁶ relativo a las obligaciones de los administradores en la disolución establece en su párrafo 1, frase primera, que los administradores están obligados a constatar sin demora (*senza indugio*) la existencia de una causa de disolución (establecidas en el artículo 2484 p. 1 c.c.)⁶⁵⁷ y proceder a cumplir con las previsiones dispuestas en la Ley⁶⁵⁸.

⁶⁵⁵ La concurrencia de la causa de disolución modifica al contenido de la gestión del administrador. En palabras de PASQUARIELLO, C., «Art. 2485 (Obblighi degli amministratori)», en MAFFEI ALBERTI (dir.), *Il nuovo diritto delle società*, vol. III, Cedam, Padova, 2005, p. 2172, nota 3: «*Gli amministratori, verificatasi che sia una causa di scioglimento, sono investiti di una gestione preliquidatoria, idealmente scindibile in compiti di preparazione della liquidazione in senso stretto, e compiti di collaborazione alla liquidazione stessa. (...) in chiave positiva, si prevede che all'indomani del verificarsi di una causa di scioglimento il punto di riferimento dell'attività gestoria venga individuato nella conservazione dell'integrità del patrimonio sociale, ancillare alla successiva migliore sua liquidazione*». También VAIRA, M., «Artt. 2485 – 2486», en COTTINO, G./BONFANTE, G./GAGNASSO, O./MONTALENTI, P., (dir.), *Il nuovo diritto societario*, vol. 3, Zanichelli, Torino, 2004, p. 2052, manifiesta: «*L'avverarsi di una causa di scioglimento incide sulla posizione degli amministratori, investendoli di una gestione provvisoria propedeutica all'inizio della fase liquidativa, destinata a terminare con l'accettazione della carica da parte dei liquidatori*».

⁶⁵⁶ **Art. 2485 c.c.- Obblighi degli amministratori**

Gli amministratori devono senza indugio accertare il verificarsi di una causa di scioglimento e procedere agli adempimenti previsti dal terzo comma dell'articolo 2484. Essi, in caso di ritardo od omissione, sono personalmente e solidalmente responsabili per i danni subiti dalla società, dai soci, dai creditori sociali e dai terzi.

Quando gli amministratori omettono gli adempimenti di cui al precedente comma, il tribunale, su istanza di singoli soci o amministratori ovvero dei sindaci, accerta il verificarsi della causa di scioglimento, con decreto che deve essere iscritto a norma del terzo comma dell'articolo 2484.

⁶⁵⁷ El art. 2484 cod. civ. p. 1 en su nº 4 establece como causa: «*la riduzione del capitale al disotto del minimo legale, salvo quanto è disposto dagli articoli 2447 e 2482-ter*».

⁶⁵⁸ PASQUARIELLO, C., *op. cit.*, p. 2174: «*La specificazione temporale “senza indugio” impone all'organo gestorio l'obbligo di monitorare la situazione della società e l'eventuale verificarsi di un evento dissolutivo*». Asimismo, VAIRA, M., *op. cit.*, p. 2053.

Así, de producirse alguna de las causas de disolución, los administradores tienen la obligación de dar publicidad a la misma en el registro de la empresa (*ex art. 2484 p. 3 c.c.*)⁶⁵⁹, convocar y celebrar Asamblea para el nombramiento de liquidadores y determinación de los criterios que dirigirán el proceso liquidatorio (art. 2487 p. 1 c.c.)⁶⁶⁰, obligación que se une, como veremos, a la de gestionar la sociedad a los solos efectos de la conservación del patrimonio social (art. 2486 p. 1 c.c.)⁶⁶¹.

Además, en el caso concreto de las pérdidas cualificadas como causa de disolución, habrá que coordinar lo establecido en el artículo 2484 c.c. con el artículo 2447 c.c., que dispone, de concurrir dichas pérdidas, la necesidad de convocar sin demora la asamblea para decidir la recapitalización o la transformación⁶⁶². Así, es posible no tener que convocar la asamblea según lo ordenado en el artículo 2487 c.c. cuando ya se haya convocado según lo dispuesto en el artículo 2447 c.c. Se entiende de la lectura del artículo 2487 p.1 c.c., que establece que habrá que convocar la asamblea para el nombramiento de liquidadores, salvo que, concurriendo los casos referidos en los n°s 2, 4 y 6, ya se haya celebrado la misma, dando cumplimiento en un solo acto ambas previsiones legales.

⁶⁵⁹ **Art. 2484 c.c.- Cause di scioglimento**

(...)

[p. 3] Gli effetti dello scioglimento si determinano, nelle ipotesi previste dai numeri 1), 2), 3), 4) e 5) del primo comma, alla data dell'iscrizione presso l'ufficio del registro delle imprese della dichiarazione con cui gli amministratori ne accertano la causa e, nell'ipotesi prevista dal numero 6) del medesimo comma, alla data dell'iscrizione della relativa deliberazione.

⁶⁶⁰ **Art. 2487 c.c.- Nomina e revoca dei liquidatori; criteri di svolgimento della liquidazione**

Salvo che nei casi previsti dai numeri 2), 4) e 6) del primo comma dell'articolo 2484 non abbia già provveduto l'assemblea e salvo che l'atto costitutivo o lo statuto non dispongano in materia, gli amministratori, contestualmente all'accertamento della causa di scioglimento, debbono convocare l'assemblea dei soci perché deliberi, con le maggioranze previste per le modificazioni dell'atto costitutivo o dello statuto, su:

- a) il numero dei liquidatori e le regole di funzionamento del collegio in caso di pluralità di liquidatori;*
- b) la nomina dei liquidatori, con indicazione di quelli cui spetta la rappresentanza della società;*
- c) i criteri in base ai quali deve svolgersi la liquidazione; i poteri dei liquidatori, con particolare riguardo alla cessione dell'azienda sociale, di rami di essa, ovvero anche di singoli beni o diritti, o blocchi di essi; gli atti necessari per la conservazione del valore dell'impresa, ivi compreso il suo esercizio provvisorio, anche di singoli rami, in funzione del migliore realizzo.*

⁶⁶¹ **Art. 2486 c.c.- Poteri degli amministratori**

Al verificarsi di una causa di scioglimento e fino al momento della consegna di cui all'articolo 2487-bis, gli amministratori conservano il potere di gestire la società, ai soli fini della conservazione dell'integrità e del valore del patrimonio sociale.

Gli amministratori sono personalmente e solidalmente responsabili dei danni arrecati alla società, ai soci, ai creditori sociali ed ai terzi, per atti od omissioni compiuti in violazione del precedente comma.

⁶⁶² Obviamente, también existe la opción de que la asamblea acuerde la liquidación, que es la que se deriva de lo dispuesto en los arts. 2484 y ss. c.c.

Es importante destacar que el artículo 2485 p. 1 c.c., segunda frase, establece que la demora por parte de los administradores en el cumplimiento de estas obligaciones conlleva su responsabilidad personal y solidaria por los daños sufridos por la sociedad, los socios, los acreedores sociales y los terceros. Entiende la doctrina que se trata de una norma de remisión al régimen general de responsabilidad de los administradores⁶⁶³. Este régimen de responsabilidad, junto con el establecido en el artículo siguiente, integra la disciplina de poderes-deberes-responsabilidades de los administradores de la sociedad en causa de disolución⁶⁶⁴, buscando asegurar que el proceso disolutorio-liquidatorio se realice respetando los mecanismos de tutela legalmente establecidos⁶⁶⁵, evitando, asimismo, que se prolongue excesivamente el lapso de tiempo que media entre la verificación de la causa de disolución y su conocimiento por parte de los terceros que pudieran entrar en contacto negocial con la sociedad⁶⁶⁶.

1.1.2. El deber de gestionar al sólo fin de la conservación del patrimonio social

Como se acaba de referir, el artículo 2486 c.c. establece que desde que se verifica la causa de disolución hasta que se hace público el nombramiento de los liquidadores, los administradores conservan el poder de gestionar la sociedad, *al solo fin de la conservación de la integridad y del valor del patrimonio social*⁶⁶⁷. El incumplimiento de la obligación de gestión conservativa implicará la posible responsabilidad personal y solidaria de los administradores por los daños causados a la sociedad, socios, acreedores sociales y terceros⁶⁶⁸.

Esta norma, que fue introducida en 2003, vino a derogar la dispuesta en el antiguo artículo 2449 c.c.⁶⁶⁹, que establecía en su primer párrafo que cuando se verificara la

⁶⁶³ PASQUARIELLO, C., *op. cit.*, p. 2175

⁶⁶⁴ PASQUARIELLO, C., *op. cit.*, p. 2171.

⁶⁶⁵ PASQUARIELLO, C., *op. cit.*, p. 2176.

⁶⁶⁶ VAIRA, M., *op. cit.*, p. 2053.

⁶⁶⁷ Puntualiza, ROSSI, A., «Art. 2486 (Poteri degli amministratori)», en MAFFEI ALBERTI (dir.), *Il nuovo diritto delle società*, vol. III, Cedam, Padova, 2005, p. 2184, que se trata de un *poder-deber* de conservar el patrimonio social, ahora bien, no la empresa social.

⁶⁶⁸ Sobre la cuestión de la responsabilidad se volverá más adelante.

⁶⁶⁹ **Art. 2449 c.c.- Effetti dello scioglimento (derogado)**

Gli amministratori, quando si è verificato un fatto che determina lo scioglimento della società, non possono intraprendere nuove operazioni. Contravvenendo a questo divieto, essi assumono responsabilità illimitata e solidale per gli affari intrapresi.(...)

existencia de una causa de disolución pesaría sobre los administradores la *prohibición de realizar nuevas operaciones*. El incumplimiento de dicha prohibición conllevaba la responsabilidad ilimitada y solidaria por los negocios realizados (*gli affari intrapresi*). La finalidad protectora de la norma derogada –como de la vigente– era especialmente, la tutela de los terceros de buena fe desconocedores de la crisis disolutoria en que se encontrara la sociedad y que fueran a entablar con ésta relaciones negociales⁶⁷⁰.

Para concretar cuándo resultaba de aplicación la norma derogada, era necesario determinar con precisión (1) en qué momento aparecía la causa de disolución y (2) qué se consideraban nuevas operaciones a los efectos de esa norma. En relación con el *nacimiento de la causa de disolución*, se entendía que surgía de manera automática al «verificarse» (*verificarsi*) la pérdida, estableciendo, además, a partir de cuándo podía nacer la responsabilidad por incumplimiento. Los administradores sociales eran considerados responsables desde entonces de la conservación de los bienes sociales hasta el traspaso de la gestión a los liquidadores. En definitiva, en el sistema anterior, se entendía que en el momento en que el órgano de gestión *fuera capaz de conocer* a través de la contabilidad y del balance de situación la existencia de pérdidas cualificadas, nacía la prohibición de realización de nuevas operaciones⁶⁷¹.

En cuanto a la *determinación de qué eran operaciones nuevas* y, por tanto, prohibidas, se consideraban como tales todas las operaciones que se pudieran calificar como *actos de gestión sin finalidad liquidatoria*, caracterizadas, en cambio, por estar destinados a lograr nuevas fuentes de ingreso o la asunción de nuevos riesgos empresariales. Por el contrario, se consideraban lícitas todas las actividades dirigidas a alcanzar un correcto desarrollo del procedimiento liquidatorio⁶⁷².

Por tanto, como regla general, se permitían las actividades destinadas a hacer más exitosa la liquidación, incluyendo los actos de gestión que, sin ser estrictamente liquidatorios, fueran necesarios, como, por ejemplo: la ejecución de contratos vigentes y/o parcialmente ejecutados; la adquisición de materias primas necesarias para cumplir los pedidos pendientes al momento de concurrir la causa de disolución; las actividades económicas conexas a operaciones precedentes en curso y que constituyan ejecución o desarrollo de las mismas; las actividades económicas destinadas a asegurar la conservación del patrimonio social; operaciones dirigidas a preparar o hacer más exitosa la futura liquidación...⁶⁷³

⁶⁷⁰ Es por su especial finalidad protectora de terceros que la aplicación de la norma no se subordina a la existencia de un acuerdo de los accionistas sobre la reducción del capital. Así, NOBILI, R./SPOLIDORO, M.S., *op. cit.*, p. 378.

⁶⁷¹ Recientemente, SCARLINO, D., *op. cit.*, pp. 211.

⁶⁷² Explica ZAGRA, G., «Divieto di nuove operazioni: autonomia dell'azione ex art. 2449 c.c.», *Le Società*, 3/1996, p. 285, que la interpretación de este deber tiene una estrecha vinculación con el cambio del fin social que se produce en la disolución, ya que existe una incompatibilidad entre la situación en que se encuentra la sociedad en liquidación y el desarrollo de conductas empresariales.

⁶⁷³ Relación extraída de ZAGRA, G., *op. cit.*, p. 286.

Como se ha dicho, el derogado artículo 2449 c.c. fue sustituido por el actual artículo 2486 c.c., que establece que desde que se verifica la causa de disolución y hasta que se hace público el nombramiento de los liquidadores, los administradores conservan el poder de gestionar la sociedad, *al solo fin de la conservación de la integridad y del valor del patrimonio social (ai soli fini della conservazione dell'integrità e del valore del patrimonio sociale)*⁶⁷⁴.

Del mismo modo que en la regulación anterior era necesario determinar qué se consideraban nuevas operaciones, en la regulación actual es necesario establecer qué quiere decir gestionar con el único fin de conservar la integridad y el valor del patrimonio social y cómo se concreta en la práctica el momento en que nace tal estándar de gestión.

En cuanto a qué es gestionar con el único fin de conservar la integridad y el valor del patrimonio social, existen varias posiciones al respecto de la interpretación del artículo 2486 p. 2 c.c. Una, más conservadora, defiende que, aunque se permitan las operaciones posteriores al momento en que se verifica la causa de disolución, ha de tenerse siempre en cuenta que la finalidad de la gestión ha variado: «el fin de la gestión ya no ha de ser lucrativo, sino conservativo»⁶⁷⁵. Otra interpretación considera legítima la actividad de gestión con asunción de ulteriores riesgos empresariales durante la fase de liquidación cuando, sopesando en cada operación concreta la relación riesgo/beneficio, dichas

⁶⁷⁴ Como recuerda COTTINO, G., *Diritto societario*, CEDAM, Padova, 2006, p. 536: «La norma, dai chiari intenti di salvaguardia dell'integrità aziendale (...) si scosta nettamente dal precedente regime e dal controverso divieto di intraprendere nuove operazioni». Sin embargo, destaca VAIRA, M., *op. cit.*, p. 2060, que trasciende una diferencia entre ambos regímenes: «la nuova disciplina conferma che l'attività della società durante la liquidazione continua al essere attività d'impresa a tutti gli effetti».

⁶⁷⁵ Cfr. FERRI JR., G., «La gestione della società in liquidazione», *Riv. Dir. Comm.*, 2003, I, p. 425. En este mismo sentido, *vid.*, entre otros, PANZANI, L., «Interpretazioni dinamiche e nuove letture del diritto fallimentare: gli amministratori ed i soci», *Il Fallimento*, 9/2004, pp. 975-976; VAIRA, M., *op. cit.*, pp. 2059-2060.

Considera PROTO, C., «Le azioni di responsabilità contro gli amministratori nella società a responsabilità limitata», *Il Fallimento*, 11/2003, p. 1143, que, teniendo en cuenta que la normativa vigente valora la legitimidad del comportamiento de los administradores no sobre la base de la novedad de las actuaciones, sino teniendo en cuenta si dichas operaciones son *ex ante* conformes a la finalidad de conservación de la integridad y el valor del patrimonio social, los administradores sólo podrán asumir determinados riesgos empresariales si ello parece conforme al criterio de conservación del patrimonio. En cambio, no pueden desarrollar operaciones cuya finalidad no sea la conservación sino el aumento del patrimonio, aunque se trate de operaciones presumiblemente ventajosas para dicho patrimonio.

actuaciones se consideren beneficiosas para la mejor conservación del patrimonio social⁶⁷⁶.

Independientemente de la tesis que se defienda, el nacimiento de responsabilidad por incumplimiento del deber no se limitará a los supuestos de producción de daños derivados de actuaciones realizadas, sino también como consecuencia de la eventual omisión en la realización de actividades que puedan resultar necesarias para la mejor conservación del patrimonio social⁶⁷⁷. A esta cuestión nos referiremos con más detalle en el apartado siguiente.

Continuando con el análisis de la norma, resulta polémica la determinación del momento de entrada en vigor del deber. Por una parte, el artículo 2486 p. 1 c.c. establece que *«al verificarsi di una causa di scioglimento e fino al momento della consegna di cui all'articolo 2487-bis (...)»*. En cambio, el artículo 2484 p. 3 c.c. establece que los efectos de la disolución se vinculan a la fecha en que la misma es inscrita en el registro de empresa [*«Gli effetti dello scioglimento si determinano (...) alla data dell'iscrizione presso l'ufficio del registro delle imprese della dichiarazione con cui gli amministratori ne accertano la causa (...)»*]. Así, se plantea la duda de si es conveniente una interpretación coordinada de los dos preceptos, por lo que el deber surge cuando la causa de disolución se inscribe en el registro de la empresa⁶⁷⁸ o si es

⁶⁷⁶ Así, ROSSI, A., *op. cit.*, pp. 2184-2190 [concluyendo en p. 2189: *«Pertanto, la gestione conservativa imposta dall'art. 2486 (in caso di continuazione dell'impresa) può ritenersi compatibile con l'assunzione di un rischio d'impresa del tutto analogo a quello proprio dell'impresa "ordinaria" e dunque, nella migliore delle ipotesi, con la produzione e la distribuzione di un utile di esercizio, dovendo soltanto conservarsi il profilo di rischio emergente dalla formula azionaria cristallizzata allo scioglimento della società»*]. Para SCARLINO, D., *op. cit.* pp. 216-217, esta gestión no sólo es legítima, sino también obligatoria (*doverosa*). Este autor expone la siguiente hipótesis (pp. 218-219): suponiendo que el patrimonio de la sociedad siguiera siendo suficiente para satisfacer a los acreedores (a pesar de la existencia de pérdidas cualificadas que hubieran provocado el inicio de un procedimiento disolutorio-liquidatorio), sería legítimo permitir a los administradores realizar operaciones potencialmente rentables para los socios y neutrales para los acreedores, es decir, no susceptibles de incidir en la capacidad de cobro de los acreedores. En definitiva, existiendo un excedente después del pago a los acreedores, el art. 2486 c.c. no debería prohibir, en abstracto, todas aquellas operaciones que deberían realizarse según el curso ordinario de la gestión social, *ex art. 2392 c.c.*, para cumplir el deber de maximizar el valor de las participaciones sociales. A pesar de que sea poco probable que dicha hipótesis se produzca en la práctica, el autor expone que conceptualmente los socios no dejan de tener derecho al «residuo» o «excedente», por lo que los administradores no dejan de tener la obligación de realizar las operaciones destinadas a la maximización de dicho excedente.

⁶⁷⁷ SCARLINO, D., *op. cit.*, p. 217.

⁶⁷⁸ *Id.*, por todos, BONELLI, F., *Gli amministratori di società per azioni (...)*, cit., pp. 168-170, quien puntualiza que ello no quiere decir que los administradores puedan continuar la gestión de la sociedad de manera «normal», retardando la inscripción. Lo que defiende es que, en tanto que la norma dispone la obligación de inscripción de la causa de disolución *sin demora*, lo que se produciría en este supuesto sería el incumplimiento del deber de inscripción, y la posible responsabilidad sería consecuencia del tal incumplimiento, responsabilidad *ex art. 2485 p. 1, último inciso, c.c.* En sentido similar, considera

conveniente respetar el literal del artículo 2486 c.c., por lo tanto el deber nace cuando se verifica la causa de disolución⁶⁷⁹.

Al margen de que la cuestión requeriría un estudio más detenido, nos parece acertada la crítica que se esgrime contra la tesis «sistemática», tal es que optar por una interpretación vinculada a la inscripción de la causa de disolución implica el riesgo de supeditar el nacimiento de una obligación que pesa sobre los administradores al cumplimiento por ellos mismos del deber de inscribir, pudiendo, implicar la ausencia de responsabilidad por los *daños directamente causados por las actuaciones realizadas en el periodo temporal de incumplimiento*⁶⁸⁰.

Por clarificadora, reproducimos aquí la síntesis que ofrece SCARLINO: *«In definitiva, il fatto cui la norma ricollega lo scioglimento della società non può mai intervenire indipendentemente dall'accertamento che gli amministratori abbiano operato (o avrebbero dovuto operare usando l'ordinaria diligenza): conseguentemente lo scioglimento si verifica nel momento in cui è effettivamente accertato, ovvero, in caso di tale omissione, nel momento in cui il diligente amministratore avrebbe potuto (e dovuto) accertare l'evento»*⁶⁸¹.

1.2. Responsabilidad de los administradores por el incumplimiento del deber de gestionar conservativamente ex artículo 2486 p. 2 c.c.

1.2.1. El precedente en la regulación derogada

Como ya se ha adelantado, el derogado artículo 2449 p. 1 c.c. imponía la prohibición a los administradores de realizar nuevas operaciones tras verificarse la causa de disolución. Ahora bien, el incumplimiento de la prohibición establecida en el primer inciso del derogado artículo 2449 p. 1 c.c. —es decir, la realización de nuevas operaciones por los administradores concurriendo pérdidas, tanto de manera dolosa

SALANITRO, N. («Società di capitali e registro delle imprese», *Giur. Comm.*, I/2003, pp. 688-689) que la única forma de interpretar coordinadamente ambos preceptos es entendiendo que el administrador, sobre quien pesa el deber de verificar sin demora la causa de disolución, procederá sin dilación a la inscripción, ante la amenaza de la responsabilidad por inscripción tardía. De este modo, la limitación de poderes de gestión de los administradores se produciría, a su vez, sin tardanza.

⁶⁷⁹ *Vid.*, con ulteriores referencias, ROSSI, A., *op. cit.*, p. 2181.

⁶⁸⁰ ROSSI, A., *op. ult. cit.*

⁶⁸¹ SCARLINO, D., *op. cit.*, pp. 222-223.

como culposa⁶⁸²- generaba diversas consecuencias jurídicas para los administradores sociales.

La primera de tales consecuencias se encontraba en la propia norma, en el segundo inciso del párrafo primero: «*Contravvenendo a questo divieto, essi assumono responsabilità illimitata e solidale per gli affari intrapresi*». De manera mayoritaria se consideraba que se trataba ésta de una responsabilidad directa, externa, ilimitada y solidaria de los administradores frente a terceros de buena fe que hubieran devenido acreedores al contratar con la sociedad *después* de la concurrencia de tal causa: «*Gli amministratori (...) rispondono anche, nei confronti dei terzi con i quali hanno stipulato la nuove operazioni, per “gli affari intrapresi”, cioè per l’adempimento delle nuove operazioni (o per il risarcimento per equivalente)*»⁶⁸³. Así, la responsabilidad frente a los nuevos acreedores *ex* artículo 2449 c.c. no nacería derivada del daño al patrimonio social (como en el caso del artículo 2394 c.c.) sino propiamente del incumplimiento de la prohibición de realización de nuevas operaciones, responsabilidad directa y no subrogatoria, que sólo existiría hacia el tercero contratante y cuya legitimación activa no se transmitiría al *curatore* en un procedimiento concursal⁶⁸⁴.

⁶⁸² No se considera a los administradores subjetivamente imputables siempre y cuando pudieran demostrar el desconocimiento no culpable de la situación de pérdidas cualificadas (v. gr., por lo complicado de conocer en cada momento del ejercicio contable la situación de la sociedad). Sin embargo, se considera que el desconocimiento siempre será culpable después de la redacción del proyecto de balance anual. A partir de ese momento, la falta de conocimiento de la situación de pérdidas cualificadas habrá de ser considerada negligente y los administradores subjetivamente imputables. Por todos, BONELLI, F., *La responsabilità...*, cit., pp. 18-19.

⁶⁸³ BONELLI, F., *La responsabilità...*, cit., pp. 25-26. Según GUGLIELMUCCI, L., *op. cit.*, se trataba de una responsabilidad por deudas que podría ser exigida individualmente por todo el que tuviera un crédito con la sociedad vinculado a la realización de esas nuevas operaciones.

⁶⁸⁴ Por todos, con ulteriores referencias de doctrina y jurisprudencia, previa a la reforma del artículo 146 *leg. fall.*, BONELLI, F., *La responsabilità...*, cit., pp. 25-29. Comentando la sentencia de *Cassazione Civile*, Sez. I, 19 settembre 1995, n. 9887, refiere ZAGRA, G., *op. cit.*, p. 282, la siguiente argumentación del tribunal: «*non può essere condivisa la tesi dei ricorrenti secondo la quale l’azione ex art. 2449, primo comma, codice civile, spettante al terzo creditore della prestazione oggetto della obbligazione sorta per effetto del compimento dei nuove operazioni da parte degli amministratori, si trasferirebbe al curatore un caso di fallimento della società. Tale tesi non trova riscontro nella lettera dell’art. 146, legge fallimentare, che conferisce al curatore fallimentare solo la titolarità dell’azione di responsabilità ex artt. 2393 e 2394, codice civile, e non quella ex art. 2449 (o 2395), codice civile. Come ha già ritenuto questa Corte (v. Cass. 22 novembre 1971, n. 3371) e come si ritiene in dottrina, l’art. 2449, primo comma, codice civile, prevede una responsabilità diretta ed esterna all’ambito sociale degli amministratori della società verso i terzi con i quali essi hanno concluso nuove operazioni. La concentrazione in capo al curatore della titolarità delle azioni di cui agli artt. 2392 e 2394, codice civile, espressamente richiamati nell’art. 146 legge fallimentare, riposa sul presupposto che tali azioni, in quanto tendenti a “coprire” l’insufficienza patrimoniale dell’ente collettivo, possono considerarse, in senso lato, “azioni di massa” e cioè azioni che debbono far capo al curatore*».

Otra corriente entendía, sin embargo, que se trataba de una responsabilidad interna, sólo de los administradores hacia la sociedad por los daños patrimonial sufrido por ésta (que se transmite a la cuota de liquidación de los socios) por la vinculación a la *nueva operación*⁶⁸⁵.

Pero, además, en tanto la infracción de la prohibición establecida por el artículo 2449 implicaba el incumplimiento de un deber legalmente impuesto, los administradores serían responsables hacia la sociedad *ex art.* 2393 y hacia los acreedores sociales *ex artículo 2394 por los daños causados al patrimonio social derivados de la violación de la prohibición de realización de nuevas operaciones*⁶⁸⁶; responsabilidad ésta derivada primariamente del artículo 2392 p. 1 *c.c.*, que establece que los administradores son responsables por los daños derivados de la inobservancia de los deberes que les impone la Ley y los estatutos.

En tanto fundamentada en la estructura de la responsabilidad por daños, esta «segunda responsabilidad» suponía necesariamente la prueba del infracción culposa o dolosa de la prohibición establecida en el artículo 2449 por parte del administrador, y que dicho incumplimiento hubiera generado un daño al patrimonio social⁶⁸⁷, daño que

⁶⁸⁵ FERRI, G., *Le Società*, en VASSALLI, F. (ed.), *Trattato di diritto civile italiano*, vol. 10, T. 3, 3ª ed., UTET, 1989, p. 965. Se pregunta el autor: «*si tratta dell'assunzione di una obbliazione personale e diretta da parte dell'amministratore nei confronti del terzo come è per l'art. 2331 cod. civ. [per le operazioni compiute in nome della società prima dell'iscrizione] o si tratta invece di una responsabilità per fatto illecito come sembrerebbe dedursi dalla lettera della legge? E se si tratta di responsabilità per fatto illecito, si tratta di una responsabilità nei confronti della società, che sorge nel presupposto che l'atto posto in essere con il terzo sia vincolante per la società, o si tratta di una responsabilità verso i terzi che hanno contrattato con la società ignorando l'intervenuto scioglimento (...). E se si tratta di responsabilità nei confronti della società quale rapporto sussiste tra la responsabilità ex art. 2449 cod. civ. e quella ex art. 2392 cod. civ.; mentre se si tratta di responsabilità nei confronti dei terzi, quale rapporto sussiste tra questa responsabilità e quella ex art. 2395 cod. civ.? (...) se la nuova operazione si deve considerare, come a me sembra, atto estraneo all'oggetto sociale, quale risulta ormai in conseguenza dello scioglimento, questa estraneità per espressa disposizione della legge non è ormai più opponibile al terzo che ignori l'intervenuto scioglimento. **La responsabilità dell'amministratore affermata nell'art. 2449 cod. civ. sarà quindi necessariamente una responsabilità che si pone nei rapporti interni, non una responsabilità nei confronti del terzo.** Si el terzo è in buone fede –e questo si verifica nella normalità delle ipotesi– la società è vincolata e il terzo non subirà nessun danno (...)*» (el énfasis es nuestro).

⁶⁸⁶ Sobre las acciones societarias de responsabilidad de administradores, *vid., supra*, Parte Segunda, Cap. I, p. 200, nota 561.

⁶⁸⁷ Ahora bien, como señala BONELLI, F., *La responsabilità...*, cit., p. 23: «*ardua è la prova del danno cagionato alla società dalle nuove operazioni. La giurisprudenza ha ripetutamente affermato che il danno è costituito dalla differenza tra il passivo e l'attivo del fallimento*». En contra de la identificación del daño con el déficit, entre otros, PANZANI, L., «Responsabilità degli amministratori: rapporto di causalità fra atti di *mala gestio* e danno. Lo stato della giurisprudenza», *Giustizia civile*, 2/1989, II, pp. 86-97, quien concluye: «*il danno che gli amministratori sono chiamati a risarcire non può comunque essere determinato con riferimento a formule generiche, elusive della problematica dell'accertamento del nesso di causalità con riferimento alla vicenda oggetto di giudizio. E ciò vale sia per i casi in cui agli*

habría de estar vinculado a la obligación de cumplimiento de las nuevas operaciones⁶⁸⁸.

1.2.2. El actual régimen de responsabilidad

En 2003 desaparece la responsabilidad por nuevas operaciones *ex* artículo 2449 *c.c.*, siendo sustituida por la obligación de constatar la causa de disolución y cumplir con los deberes que su concurrencia impone (art. 2485 *c.c.*) y la de gestionar la sociedad al solo fin de la conservación del patrimonio social (art. 2486 *c.c.*)⁶⁸⁹. Como ya se ha explicado, según doctrina mayoritaria, en el nuevo sistema el *poder-deber* de gestión de los administradores después de verificarse la causa de disolución está exclusivamente orientado a la conservación del valor patrimonial⁶⁹⁰, especialmente, en interés de los acreedores, que se refuerza con la imposición de una responsabilidad por daños que nos remite al régimen general de la responsabilidad de los administradores sociales. Así, los administradores resultan personal y solidariamente responsables de los daños causados a la sociedad, los socios, los acreedores sociales y a los terceros por los actos o omisiones realizadas, después de verificarse la causa de disolución de la sociedad, en violación del poder-deber de gestionar la sociedad al sólo fin de la conservación de la integridad y del valor del patrimonio social⁶⁹¹. Ahora bien, este nuevo régimen no resuelve todas las cuestiones que planteaba el anterior planteando, incluso, algunas nuevas. Referimos, brevemente, las más destacadas.

amministratori sono mossi specifici addebiti, relativi a singoli fatti di gestione, sia con riguardo alla problematica, indubbiamente più complessa, relativa all'interpretazione dell'art. 2449 c.c.».

⁶⁸⁸ BONELLI, F., *La responsabilità...*, cit., p. 21, nota 28: «*Se la società non è tenuta a tale adempimento, essa non subisce alcun danno, e non può pertanto pretendere alcun risarcimento dagli amministratori*».

⁶⁸⁹ Entiende VAIRA, M., *op. cit.*, p. 2062, que el cambio operado en el régimen de responsabilidad a una responsabilidad *por daños* produce un «*ampliamento delle libertà decisionali degli amministratori nella gestione della società durante la fase pre-liquidatoria*».

⁶⁹⁰ Por ejemplo, VAIRA, M., *op. cit.*, p. 2062.

⁶⁹¹ Hasta donde hemos podido comprobar, la doctrina es unánime en entender que el art. 2486.2 *c.c.* dispone una norma de remisión al régimen general de responsabilidad de administradores. Por tanto, es necesaria la concurrencia de todos los requisitos propios de ésta. En consecuencia, este nuevo régimen contrasta con el anterior en la exigencia de nexo causal entre la continuación de la actividad y el daño. En relación con el socio o tercero, en tanto norma de remisión al régimen general, será necesario que la continuación de la actividad les haya causado un daño directo. Entre otros, GUSSO, F./CRIVELLARI, S., «*Responsabilità degli amministratori successiva ad una causa di scioglimento della società*», *Le Società*, 6/2005, p. 743; ROSSI, A., *op. cit.*, pp. 2190-2191; PASQUARIELLO, C., *op. cit.*, p. 2175; VAIRA, M., *op. cit.*, p. 2062-2066.

Como se adelantó, este nuevo contexto plantea dudas en torno a los límites del deber de conservación del patrimonio, en concreto, si está exclusivamente orientado a defender el interés de los acreedores y, en consecuencia, si excluye el deber de gestión de la sociedad *en el interés de los socios*. Se plantea, por tanto, el dilema de si ante decisiones que no comporten riesgo de pérdida están obligados a elegir aquéllas que puedan permitir una maximización del beneficio del socio mediante un incremento del patrimonio social⁶⁹².

Además, en el régimen anterior, el artículo 2449 *c.c.* preveía una responsabilidad específica frente a los acreedores que contratan de buena fe con la sociedad después de la concurrencia de la causa de disolución por el mero hecho de que los administradores hubieran incumplido culpablemente la prohibición de realizar nuevas operaciones al manifestarse la situación de alerta. En el nuevo régimen la responsabilidad pasa a ser más genérica y menos específica en tanto se vincula, en general, a la gestión de la sociedad, que permanece «activa» y no simplemente «preliquidatoria»⁶⁹³.

1.2.3. La especial cuestión de la determinación del daño resarcible

Por último, se plantea el problema de la determinación del daño en la responsabilidad por no gestionar la sociedad al solo fin de la conservación del patrimonio social (art. 2486 *c.c.*), que reside en la dificultad práctica de determinar la cuantía de la obligación de resarcimiento al tener que valorar en qué medida la conducta del órgano societario influyó en la crisis de la sociedad, ya que la labor del administrador consiste en desarrollar una actividad y no un acto específico. Actividad que, a su vez, en la medida en que es discrecional, no es sencilla de evaluar jurídicamente por sus méritos (salvo la absoluta irracionalidad o arbitrariedad) o por su falta de resultados⁶⁹⁴.

Como se acaba de exponer, vigente el artículo 2449 *c.c.*, se recurría para la determinación del daño al criterio del *déficit patrimonial* (calculando el daño resarcible, en el supuesto de que la crisis finalizara en la apertura de un proceso concursal, como la

⁶⁹² En este sentido parece manifestarse NICOLLINI, G., «Gestione dell'impresa nella società in liquidazione: prime riflessioni sulla riforma», *Riv. Soc.*, 48/2003, pp. 898-901.

⁶⁹³ Con diferentes valoraciones acerca de si resulta negativa (por la mayor dificultad de aplicación) o positiva (por el otorgamiento de una mayor discrecionalidad gestora a los administradores), entre otros, CASSOTTANA, M., «Responsabilità degli amministratori nella crisi dell'impresa», *Fallimento*, 3/2004, 299; VAIRA, M., *op. cit.*, p. 2062; SCARLINO, D., *op. cit.*, p. 229.

⁶⁹⁴ Así, por ejemplo, SCARLINO, D., *op. cit.*, p. 229, nota 476.

diferencia entre el neto patrimonial existente a la fecha de la verificación de la causa de disolución y el existente a la fecha de la apertura del concurso)⁶⁹⁵, criterio que fue evolucionando, aún vigente el derogado artículo, hacia una determinación del daño que tuviera en cuenta sólo las consecuencias inmediatas y directas de las supuestas violaciones jurídicas⁶⁹⁶.

Esta evolución, que cristaliza en el establecimiento de una responsabilidad por daños, respondió a la creencia mayoritaria en la doctrina de que el criterio del déficit patrimonial resultaba excesivamente gravoso, ya que imputaba a los administradores la totalidad de la pérdida, con independencia de *qué cantidad de la pérdida les era imputable*, obviando el *principio del daño efectivo*⁶⁹⁷.

⁶⁹⁵ Para una completa explicación de la cuestión, *vid.* BONELLI, F., «La responsabilità degli amministratori», en COLOMBO, G.E./PORTALE, G.B. (dir.), *Trattato delle società per azioni*, T. 4, UTET, Torino, 1995, pp. 334-336. En la actualidad, se continúa recurriendo a este criterio en los casos en que los que resulta muy difícil reconstruir el daño derivado del incumplimiento del deber. *Vid.*, recientemente, con ulteriores referencias, SCARLINO, D., *op. cit.*, p. 232-235.

⁶⁹⁶ En esta línea, ya con anterioridad a la reforma, consideraba RODORF, R., «Il risarcimento del danno nell'azione di responsabilità contro gli amministratori», *Le Società*, 5/1993, p. 621, que la complicación real de la norma residía en determinar cuándo se verificaba la pérdida de capital que conducía a la disolución, más que en el hecho mismo de determinar el daño de las nuevas operaciones. Entendía que una vez determinada la existencia de la causa de disolución, y aceptando que a partir de ese momento se podían identificar las nuevas operaciones, no consideraba que existiera problema en la determinación del daño resarcible, ya que dichas operaciones serían actos de empresa con un contenido económico preciso vinculados a la asunción de riesgos. Por lo tanto, el daño resarcible debería ser identificado con el riesgo económico vinculado a tales actos, es decir, con las eventuales pérdidas derivadas de los mismos. En el mismo sentido, PATTI, A., «Il danno e la sua quantificazione nell'azione di responsabilità contro gli amministratori», en *Giur. comm.*, 1997, I, p. 91. Para exhaustivas referencias doctrinales y jurisprudenciales, *vid.*, SCARLINO, D., *op. cit.*, pp. 229-232.

⁶⁹⁷ Según RODORF, R., «Il risarcimento...», *cit.*, p. 622, era inaceptable la identificación del daño resarcible con la diferencia entre el activo y el pasivo en sede concursal, doctrina que consideraba derivada de la necesidad de dar una solución positiva a las acciones del *curatore*. Entendía el autor que para poder imputar el entero déficit concursal a los administradores sociales, en ausencia de una norma que lo consintiera o que impusiera responsabilidad concursal a las personas de los administradores, sería necesario demostrar que dicho déficit era consecuencia de los actos u omisiones ilegítimos de dichos administradores. Partiendo de que el resarcimiento del daño exige la prueba del nexo causal entre el daño y el acto ilícito generador de la responsabilidad –continúa– no se podría más que exigir dicha conexión en el caso expuesto. Explicaba el autor que podría sostenerse para este supuesto la presunción del nexo de causalidad, pero teniendo en cuenta que ninguna norma autoriza a tanto, y, además, partiendo de la base de una situación de pérdidas previo a la realización de nuevas operaciones, sería razonable considerar que parte del déficit final fuera consecuencia de la situación de crisis previa a la existencia de la causa de disolución.

En esta misma línea, DI AMATO, S., «L'azione di responsabilità *ex art.* 146 Legge Fallimentare alle soglie della riforma del Diritto Societario», *Dir. Fall.*, 1/2003, pp. 66-68, al respecto de la cuestión de los criterios para la determinación por el *curatore* del daño causado por los administradores, explica que en el juicio de responsabilidad promovido por el *curatore* hacia los administradores en sede concursal son de aplicación los principios generales vinculados al resarcimiento del daño. En este sentido, considera que los administradores, como cualquiera que incumpliendo una norma produce un daño, responden de las consecuencias perjudiciales que de dicho incumplimiento se deriven para la sociedad o los acreedores, en la medida en que los resultados dañosos, puedan ser causalmente vinculados a su conducta dañosa y culpable. El autor considera que no es suficiente la violación de los deberes o el incumplimiento de las

En conclusión, concurriendo el necesario presupuesto de la relación de causalidad⁶⁹⁸, el daño que el administrador culpable tiene que indemnizar es aquel que causalmente, de manera dolosa o culposa, haya causado derivado de su actividad gestora contraria al criterio exigido *ex art. 2486 c.c.*

2. Deberes en la crisis disolutoria y responsabilidad por incumplimiento en Alemania

2.1. Introducción

Como se ha dicho repetidamente, normalmente, el sobreendeudamiento o insolvencia de una compañía no es una circunstancia que aparezca súbitamente, sino que suele venir precedida por un periodo de crisis⁶⁹⁹. Y, como en nuestro Derecho, es con la aparición de la crisis el ordenamiento alemán impone a los administradores de las sociedades de capital una serie de obligaciones adicionales⁷⁰⁰.

obligaciones para el nacimiento de la responsabilidad. Critica, así, la doctrina judicial que de manera automática imputaba la totalidad del déficit concursal a los administradores sociales, ya que entiende que es necesaria la prueba de que el comportamiento de los administradores ha causado el evento dañoso, y, además, que dicho evento dañoso haya causado un perjuicio económico al tercero. Propone así la existencia de un *doble juicio de causalidad*: uno para determinar que existe la deuda y otro para determinar cuánto se adeuda (*an debeatur, quantum debeatur*). En el caso concreto de la responsabilidad por nuevas operaciones, entiende que el *curatore* debe probar (1) el momento en que se producen las pérdidas cualificadas, (2) el momento en que dicha situación debió haber sido conocida por los administradores, (3) la realización de nuevas operaciones y (4) el daño consecuencia de las mismas. Explica el autor que, en este supuesto, se podría acudir al *criterio de la diferencia entre netos patrimoniales*, consistente en la comparación entre la situación patrimonial al momento de verificarse la causa de disolución y la situación patrimonial al momento de la declaración del concurso. Pero, puntualiza que de la diferencia entre los netos patrimoniales se debe *depurar* el resultado de aquellas operaciones que son permitidas y/o debidas por los administradores con posterioridad a la causa de disolución para hacer más provechosa la liquidación, lo que, en sustancia, permite, según el autor, imputar a los administradores simplemente los resultados de las actividades prohibidas.

⁶⁹⁸ Entre otros, antes y después de la reforma, RODORF, R., «Il risarcimento...», cit., p. 622; DI AMATO, S., *op. cit.*, p. 66; REDEGUIERI BARONI, A., «Questioni in tema di responsabilità degli organi sociali: quantificazione dei danni, omessa vigilanza dei sindaci e copertura assicurativa», *Le Società*, 10/2003, p. 1389.

⁶⁹⁹ El Derecho societario alemán ofrecía una definición del término «crisis» en el derogado § 32 a) 1 GmbHG, como aquel momento en que la sociedad ya no puede acceder al crédito de acuerdo con las condiciones normales del mercado, teniendo que ser los socios los que faciliten nuevo capital a la sociedad, en lugar del recurso a deuda (*eigenkapitalersetzenden Gesellschafterdarlehens*). La norma hacía referencia a la subordinación de los créditos de los socios que hubieran prestado dinero a la sociedad con posterioridad al acaecimiento de la situación de crisis de la sociedad. Al respecto de la modificación, que desplazó la regulación de los préstamos sustitutivos del capital del Derecho societario al Derecho concursal (§ 39.1 n° 5 InsO) HEIN, O./SUCHAN, S./GEEB, C., «MoMiG auf der Schnittstelle von Gesellschafts- und Steuerrecht», *DSiR 2008*, pp. 2289-2290.

⁷⁰⁰ FLEISCHER, H., «§ 20. Vorstandspflichten bei Verlust, Überschuldung und Zahlungsunfähigkeit», en FLEISCHER (Hrsg.), *Handbuch des Vorstandsrecht*, Beck, München, 2006, p. 744. Las reflexiones que hace el autor en relación con la AG son también de aplicación, en este sentido, a los administradores de la GmbH.

En la GmbHG el estado de crisis exige de los administradores el cumplimiento de una serie de estándares de conducta concretados en deberes de actuación (*Handlungspflichten*). Deben sin demora convocar a la Junta cuando del balance anual o de los balances del año en curso se deduzca que se ha producido una pérdida igual a la mitad de la cifra de capital (§ 49.3 GmbHG). Además, como veremos, según lo establecido en el § 15a InsO, en caso de incapacidad de pagos o sobreendeudamiento, deben iniciar el proceso concursal⁷⁰¹. El incumplimiento de estos deberes puede conllevar determinadas responsabilidades civiles, además de la responsabilidad penal expresamente consagrada en el § 84 GmbHG⁷⁰².

De manera similar, en el caso de la AktG, el § 92 impone al *Vorstand*, en interés de los accionistas y de los acreedores, especiales deberes para el caso de que la sociedad se encuentre en una situación de crisis. En el § 92.1 AktG se establece una *extraordinaria e inmediata* convocatoria de la Junta cuando del balance anual o de un balance intermedio se constata, o se estime tras la aplicación de la diligencia oportuna, la existencia de pérdidas por valor de la mitad del capital social, norma que tiene una clara finalidad informativa del órgano de socios⁷⁰³. De idéntica manera a lo que sucede con la GmbH, en el caso de sobreendeudamiento o incapacidad de pagos, (antiguamente en el § 92.2 AktG, actual 15a InsO), se debe solicitar el inicio del procedimiento concursal⁷⁰⁴. Además, en situación de incapacidad de pagos o de sobreendeudamiento, el *Vorstand* no puede efectuar pago alguno, salvo los que se correspondan con la diligencia de un gerente ordenado y leal (antiguo § 92.3 AktG, actual § 92.2 AktG., primer y segundo inciso). La misma obligación afecta a los pagos a los accionistas que necesariamente conduzcan a la incapacidad de pagos de la sociedad (actual § 92.2 AktG, tercer inciso)⁷⁰⁵.

Estos deberes, como los derivados de la crisis concursal, no son susceptibles de dispensa (*unabdingbar*) y afectan a todo el *Vorstand*, tanto como órgano como a cada

⁷⁰¹ Vid., *infra*, Parte Segunda, Capítulo III, B, 3.1.

⁷⁰² Sobre las pérdidas equivalentes a la mitad del capital en Derecho alemán, *vid.*, *supra*, Parte I, Capítulo I, B, 1.1.

⁷⁰³ FLEISCHER, H., «§ 20. Vorstandspflichten...», *cit.*, p. 744, que lo denomina *Verlustanzeige*, es decir, indicador de la pérdida.

⁷⁰⁴ Entre otros, FLEISCHER, H., «§ 20. Vorstandspflichten...», *cit.*, p. 744.

⁷⁰⁵ WIESNER, G., «§ 25. Organpflichten des Vorstands», en HOFFMAN-BECKING (Hrsg.), *Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts*, Band 4: Aktiengesellschaft, 2. Auflage, Beck, München, 1999, pp. 265-266.

uno de sus miembros individualmente considerados⁷⁰⁶. Como sucede con la GmbH, el incumplimiento de lo establecido en el § 92.1 AktG puede conllevar responsabilidad penal (cfr. § 401 AktG).

2.2. Los deberes de los administradores en la crisis disolutiva. El deber de convocar la Junta cuando se produzcan pérdidas equivalentes a la mitad del capital social (§§ 49.3 GmbHG, 92.1 AktG)

Como se acaba de adelantar, los §§ 49.3 GmbHG y 92.1 AktG establecen el deber de los administradores de convocar la Junta General cuando conociesen, o aplicando la diligencia debida, pudieran deducir, la existencia de pérdidas por valor de la mitad del capital social. Como también se anticipó, en el ordenamiento jurídico alemán este deber de convocatoria de la Junta se concreta en un deber de informar de la pérdida, deber que exige, a su vez, ofrecer una imagen fiable de la misma.

Comenzando por la GmbHG, después de que el párrafo 1 del § 49 GmbHG establezca que la Junta será convocada por los administradores, los párrafos dos y tres de la norma estudiada recogen los denominados «motivos para convocar» (*Einberufungsgründe*). El párrafo 2 dispone que la Junta será convocada siempre que se estime necesario en interés de la sociedad. A continuación, el párrafo 3 concreta una causa en la que, en particular, será necesario convocar de inmediato: cuando del balance anual o de un balance formulado durante el ejercicio económico resulte una pérdida de la mitad del capital social. En realidad, este caso se podría considerar incluido en el ámbito del § 49.2 GmbHG, como un supuesto de delimitación de la cláusula general allí contenida⁷⁰⁷. En definitiva, cuando se produce la pérdida de la mitad del capital social, los administradores tienen el deber de convocar a la Junta. No se trata de una decisión discrecional, sino de un deber de obligado cumplimiento⁷⁰⁸.

⁷⁰⁶ Considera FLEISCHER («§ 20. Vorstandspflichten...», *cit.*, p. 744) que la unión entre estos distintos «deberes individuales» construye el «deber cardinal» del *Vorstand* de autoexamen de las finanzas corporativas, que aumenta con la intensificación de la crisis.

⁷⁰⁷ Expresamente, SCHMIDT, K., «§ 49. Einberufung der Versammlung», en AAVV, *Scholz Kommentar zum GmbH-Gesetz*, Band 2, 9. Auflage, Otto Schmidt, Köln, 2002, pp. 2589-2590; MARSCH-BARNER, R./DIEKMANN, H., «§ 45. Die Organpflichten...», *cit.*, p. 651.

⁷⁰⁸ SCHMIDT, K., «§ 49...», *cit.*, p. 2586, destaca que la decisión no puede ser discrecional, en tanto que la convocatoria de la Junta tiene una finalidad informativa y, en consecuencia, protectora, no sólo de los socios sino también de la sociedad. También, entre otros, MARSCH-BARNER, R./DIEKMANN, H., «§ 45. Die Organpflichten...», *cit.*, p. 652.

Se considera que la finalidad de la norma del § 49.3 GmbHG es esencialmente informativa. Al establecer el deber de los administradores de convocar la Junta se dispone, en realidad, una especie de «aviso de la situación de pérdidas» (*Verlustanzeige*)⁷⁰⁹. Así, la norma sirve de señal o indicador de la existencia de una situación de crisis empresarial (*Krisenwarnsignal*), concediendo a los socios la oportunidad de discutir y decidir las medidas a tomar antes de que la crisis se agudice⁷¹⁰, en tanto se entiende que, a diferencia de lo que sucede en situación de crisis concursal, en esta situación de pérdidas existe capacidad de reacción por parte de la sociedad⁷¹¹. Por último, compartimos la opinión de que podría entenderse que también hubiera lugar a protección, y por tanto, un deber de convocar, ante pérdidas graves que no lleguen a la mitad del capital social. En este caso, el fundamento legal de la obligación se encontraría en el § 49.2 GmbHG (convocatoria en interés de la sociedad)⁷¹².

Teniendo en cuenta que la finalidad de la Junta es la de dar a conocer la pérdida y discutir sobre las posibles actuaciones al respecto, en la medida en que ya existan propuestas de actuación, deben constar en la convocatoria y en el orden del día. Así, a la finalidad formalmente informativa de la convocatoria de la Junta se adhiere la de servir para la toma en consideración, discusión y debate de medidas para afrontar la situación de crisis empresarial⁷¹³. Asimismo, los intentos de los administradores de resolver la crisis de otra manera no les exime del deber de convocar⁷¹⁴. Por último, se puede renunciar a la convocatoria cuando todos los socios conozcan de la existencia de la misma⁷¹⁵.

⁷⁰⁹ En cuanto a los sujetos protegidos por la norma, según doctrina mayoritaria, el deber de convocatoria de la Junta protege el interés del conjunto de los socios (por todos, SCHMIDT, K., «§ 49...», *cit.*, p. 2586, que entiende que la norma protege a los socios y a la sociedad, y sólo de manera indirecta, a los acreedores), interés que, en este supuesto, se concreta en tener la capacidad de reaccionar ante una situación de crisis que se manifiesta a través de una pérdida grave, pudiendo discutir y adoptar medidas de saneamiento o liquidación (MÜLLER, W., «Der Verlust der Hälfte des Grund- oder Stammkapitals – Überlegungen zu den §§ 92 Abs. 1 AktG und 49 Abs. 3 GmbHG-», *ZGR*, 2/1985, p. 192).

⁷¹⁰ SCHMIDT, K., «§ 49...», *cit.*, pp. 2589-2590; MARSCH-BARNER, R./DIEKMANN, H., «§ 45. Die Organpflichten...», *cit.*, p. 651.

⁷¹¹ LUTTER, M./HOMMELHOFF, P./TIMM, W., «Finanzierungsmaßnahmen zur Krisenabwehr in der Aktiengesellschaft», *BB*, 15/1980, p. 739.

⁷¹² Así, SCHMIDT, K., «§ 49...», *cit.*, pp. 2589-2590.

⁷¹³ MARSCH-BARNER, R./DIEKMANN, H., «§ 45. Die Organpflichten...», *cit.*, pp. 652-653.

⁷¹⁴ MARSCH-BARNER, R./DIEKMANN, H., «§ 45. Die Organpflichten...», *cit.*, p. 653.

⁷¹⁵ ZÖLLNER, W., *op. cit.*, pp. 1508-1509.

No nos detendremos en la determinación del concepto de pérdidas y su diligente identificación como requisito para la exigencia de convocatoria, remitiéndonos a lo analizado cuando se abordó la cuestión de la determinación del estado de crisis⁷¹⁶. Nos limitamos, en el contexto del estudio de los deberes de los administradores, a hacer una precisión. La norma hace referencia al conocimiento de la pérdida a través de determinados balances (*«aus der Jahresbilanz oder aus einer im Laufe des Geschäftsjahres aufgestellten Bilanz sich ergibt»*). Pero la doctrina considera, de manera general, que el deber no nace sólo cuando los administradores conocen las pérdidas durante la elaboración del balance anual o de balances intermedios (*Zwischenbilanz*), sino siempre que esta información se manifieste como consecuencia de cualquier análisis de la situación financiera societaria⁷¹⁷. A pesar de la expresa alusión de la norma a los balances, se considera incluso que el deber nace igualmente aunque los balances no existan, siempre que los administradores conozcan de la situación de pérdidas (*«Bilanz im Kopf des Geschäftsführer»*)⁷¹⁸.

Por último, las incorrecciones o fallos del balance no son irrelevantes. El § 49.3 GmbHG se entiende sólo sobre la base de la existencia de un *deber no escrito de vigilar los activos de la sociedad*, e incluye, también, el *deber de dar una imagen fiable a los socios sobre la pérdidas*. Por lo tanto, un *incumplimiento negligente* de los administradores del deber puede ser fuente de responsabilidad frente a la sociedad. Más controvertida es la cuestión de si puede ser fuente de responsabilidad externa en tanto se considere el § 49.3 GmbHG norma de protección frente a los socios, en el sentido del § 823.2 BGB⁷¹⁹.

Al igual que la GmbHG, la AktG entiende que la pérdida de la mitad del capital social indica la existencia de una importante crisis en la sociedad y que tal situación exige informar a los socios⁷²⁰. También la AktG dispone un deber del *Vorstand* de comunicación de las pérdidas a la Junta general (*Pflicht zur Verlustanzeige*) cuando de

⁷¹⁶ Vid., *supra*, Parte Primera, Capítulo I.

⁷¹⁷ SCHMIDT, K., «§ 49...», *cit.*, pp. 2591-2592; MARSCH-BARNER, R./DIEKMANN, H., «§ 45. Die Organpflichten...», *cit.*, p. 652.

⁷¹⁸ ZÖLLNER, W., *op. cit.*, pp. 1508.

⁷¹⁹ Cfr. SCHMIDT, K., «§ 49...», *cit.*, pp. 2590-2591.

⁷²⁰ Como en el supuesto de la GmbH, este deber de convocatoria podría fundamentarse también en el § 121 AktG, que exige que la Junta general sea convocada cuando lo establezcan la Ley o los estatutos, *así como cuando lo exija el interés de la sociedad*. En este sentido, por ejemplo, WIESNER, G., «§ 25. Organpflichten...», *cit.*, pp. 266-267.

la elaboración del balance anual o de un balance intermedio se desprenda, o del propio juicio deba asumirse⁷²¹, aplicando el cuidado debido, que la sociedad ha incurrido en pérdidas equivalentes a la mitad del capital social (§ 92.1 AktG)⁷²². Además, informará al presidente del *Aufsichtsrat* de la pérdida, obligación que se deriva del § 90.1 n° 2 AktG⁷²³.

El incumplimiento culpable del deber por parte de los administradores implica su responsabilidad por los daños y perjuicios causados. Conforme a su finalidad (*Normzweck*), se considera que el § 92.1 AktG es norma de protección (*Schutzgesetz*) en el sentido del § 823.2 BGB en beneficio tanto de la sociedad como de los socios. En cambio, la doctrina mayoritaria no considera que los acreedores formen parte del fin de protección de la norma, por lo que su compensación será sólo indirecta⁷²⁴.

A pesar de las similitudes entre la regulación de los dos tipos societarios analizados, se ha propuesto como necesaria una distinción entre ambas por la condición de sociedad cerrada de la GmbH. Se ha defendido que la aparición de pérdidas en la GmbH implica una *necesidad de debatir con los socios la política empresarial a seguir*, siendo tal la finalidad última de la convocatoria. En consecuencia, si a pesar de la ausencia de convocatoria en tiempo y forma correcta, los administradores pudieran probar que las medidas que los socios habrían tomado serían las mismas, no se podría argumentar la existencia de daño al patrimonio social por el mero hecho de la ausencia de convocatoria, no existiendo, por tanto, responsabilidad por parte de los administradores⁷²⁵.

En cambio, existe controversia en relación con el papel que debe jugar la Junta de la AG en este escenario de pérdidas. Se discute, si debe entenderse que en la AG la Junta no es competente para adoptar decisiones de política empresarial, ya que dicha competencia recae en el órgano de dirección, que es, a estos efectos, autónomo, y que está obligado

⁷²¹ Como sucede con la GmbH, aunque la norma establezca la convocatoria de la Junta cuando se desprenda del balance anual o de los balances intermedios que se ha producido una pérdida de la mitad del capital social, ha de entenderse que el deber de convocatoria existe también si, a pesar de no haberse elaborado un balance, se conoce la existencia de la pérdida (WIESNER, G., «§ 25. Organpflichten...», *cit.*, pp. 266-267).

⁷²² Ampliamente, FLEISCHER, H., «§ 20. Vorstandspflichten...», *cit.*, pp. 742-765.

⁷²³ «Der Vorstand hat dem Aufsichtsrat zu berichten über die Rentabilität der Gesellschaft, insbesondere die Rentabilität des Eigenkapitals».

⁷²⁴ Cfr. WIESNER, G., «§ 25. Organpflichten...», *cit.*, p. 268.

⁷²⁵ Por todos, MARTENS, K.P., «Die Anzeigepflicht des Verlustes des Garantiekapitals nach dem AktG und dem GmbHG», *ZGR*, 3/1972, pp. 259-261.

frente a la sociedad a tomar las medidas empresariales pertinentes, respondiendo frente a la sociedad del incumplimiento del deber de adoptar dichas medidas (por lo que, a estos efectos, la convocatoria de la Junta sería irrelevante, ya que la finalidad de la convocatoria sería la información de los socios, no la adopción de medidas), o si, en sentido contrario, en la AG la Junta es competente para decidir sobre las medidas a adoptar y forzar a los administradores a adoptarlas, por lo que el papel (y deber) del *Vorstand* se limitaría a asegurar la celebración de la Junta y proponer la adopción de las medidas que considerara correctas para solucionar la situación de crisis⁷²⁶.

C. Deberes y responsabilidad de administradores en la crisis disolutoria por pérdidas cualificadas en España

1. El artículo 363 LSC. Las pérdidas cualificadas como causa disolutoria. Remisión

El artículo 362 LSC dispone que «Las sociedades de capital se disolverán por la existencia de causa legal o estatutaria debidamente constatada por la junta general o por resolución judicial». A su vez, el artículo 363.1 e) LSC establece entre las causas de disolución las «pérdidas que dejen reducido el patrimonio neto a una cantidad inferior a la mitad del capital social, a no ser que éste se aumente o se reduzca en la medida suficiente, y siempre que no sea procedente solicitar la declaración de concurso». En cambio, conforme lo establecido en el artículo 361 LSC, la declaración de concurso no constituye, por sí sola, causa de disolución. Será la apertura de la fase de liquidación la que produzca la disolución de pleno derecho de la sociedad⁷²⁷.

Al concepto de pérdidas cualificadas ya nos hemos referido en el primer Capítulo de esta tesis como parámetro tradicional delimitador del estado de crisis, a donde nos remitimos⁷²⁸. Se referirán en este momento, simplemente como presupuesto del inicio de la crisis disolutoria y del nacimiento de los deberes de los administradores en este contexto.

⁷²⁶ En este sentido, si lo hemos comprendido correctamente, MÜLLER, W., *op. cit.*, p. 194.

⁷²⁷ Al respecto, BATALLER, J., «Comentario al artículo 361», en ROJO, A./BELTRÁN, E. (dirs.), *Comentario de la Ley de Sociedades de Capital*, T. II, Civitas, Navarra, 2011, p. 2539, única nota: «Este artículo proviene de los artículos 260.2 de la LSA y 104.2 de la LSRL y ahora adquiere la condición de precepto independiente. La primera y más significativa novedad consiste en sustituir la expresión “quedará automáticamente disuelta”, por “producirá la disolución de pleno derecho”. La segunda modificación reside en podar las referencias a la liquidación, que se trasladan a sede liquidatoria (art. 372 LSC)».

⁷²⁸ *Vid., supra*, Capítulo I, Parte Primera.

2. Deberes de los administradores en la crisis disolutoria

2.1. Introducción. El comportamiento debido en la crisis disolutoria

En los siguientes apartados de este Capítulo se abordarán los deberes que específicamente nacen ante la situación contable de pérdidas cualificadas y que, al margen de la alteración que puedan sufrir por la coexistencia de la situación de pérdidas contables con la de insolvencia –entendida la insolvencia en el sentido que dispone nuestra Ley Concursal- pesan sobre los administradores y exigen de ellos la realización de actuaciones concretas jurídicamente relevantes.

Ahora bien, conviene recordar que el proceder derivado del cumplimiento de deberes legalmente dispuestos que pesan sobre el administrador en la crisis disolutoria no agota el espectro del comportamiento debido por el administrador en este contexto⁷²⁹. Resulta evidente que el establecimiento legal de una serie de deberes que se activan ante la crisis disolutoria no desplaza el restante estatuto de deberes de los administradores, especialmente, el deber de diligencia gestora, que no sólo no desaparece, sino que se intensifica, en línea con lo expuesto anteriormente en este trabajo⁷³⁰. Es más, el hecho de que los administradores cumplan con los requerimientos o exigencias que resulten de los deberes legalmente establecidos ante la situación de disolución por pérdidas no tiene por qué suponer, de manera automática, que el administrador haya actuado con la diligencia debida y, en consecuencia, no tiene por qué implicar la exclusión, en todo caso, de la responsabilidad societaria por daños. Ante el escenario de crisis, no ya estrictamente disolutorio, sino empresarial, en que necesariamente se encuentra una sociedad con una situación contable similar a la aquí aludida, puede resultar conveniente, en primer lugar, la valoración y adopción de medidas accesorias a las legalmente establecidas⁷³¹. Pero, además, el comportamiento debido derivado de lo exigido por el estándar de diligente administración puede influir, a su vez, en que pueda considerarse incluso negligente el mero cumplimiento de los deberes legalmente dispuestos. Así, por ejemplo, el hecho de que la Ley establezca un plazo máximo para la

⁷²⁹ Vid., por todos, MARÍN DE LA BÁRCENA GARCIMARTÍN, F., *La acción individual...*, cit., pp. 349-352.

⁷³⁰ Vid., *supra*, Parte Primera, Capítulo III.

⁷³¹ ROJO FERNÁNDEZ-RÍO, A., «Los deberes legales de los administradores en orden a la disolución de la sociedad de capital como consecuencia de pérdidas», AAVV, *Derecho de Sociedades. Libro Homenaje Fernando Sánchez Calero*, vol. II, McGraw Hill, Madrid, 2002, p. 1468.

convocatoria de la Junta que ha de acordar la disolución no quiere decir que no pueda considerarse, a la vista del caso concreto, negligente el hecho de agotar el plazo⁷³².

Más complejo aún es determinar si el administrador puede entrar a valorar la conveniencia del cumplimiento de los deberes legalmente establecidos cuando, tras un concienzudo análisis de la situación, entienda que puede resultar más beneficioso para la sociedad el despliegue de medidas, no ya accesorias, sino alternativas. Al margen de las consideraciones que desde un punto de vista hipotético se pudieran hacer, el cumplimiento de los deberes aludidos se configura como obligatorio, no siendo admisible ningún margen de discrecionalidad por parte del administrador al respecto⁷³³, lo cual, probablemente sea, desde un punto de vista práctico, la opción más segura para el administrador.

Por último, la coordinación de la responsabilidad por obligaciones sociales y la responsabilidad societaria dependerá, fundamentalmente, del incumplimiento en que se fundamente la segunda. La responsabilidad por las obligaciones sociales no excluye el ejercicio de la responsabilidad por daños, aun cuando el hecho generador de ambas sea el mismo (el incumplimiento del deber de promover la disolución) aunque la consecuencia jurídica sea distinta⁷³⁴.

⁷³² Así, expresamente, en nuestra doctrina, MARÍN DE LA BÁRCENA GARCIMARTÍN, F., *La acción individual...*, cit., p. 349.

⁷³³ MARÍN DE LA BÁRCENA GARCIMARTÍN, F., *La acción individual...*, cit., p. 350

⁷³⁴ Por todos, ESTEBAN VELASCO, G., «Algunas reflexiones...», cit., pp. 71-72, quien, acertadamente, explica que la protección «ex artículos 133-135 LSA se ve reforzada por una vía extraordinaria en garantía de los intereses de los acreedores, por una acción directa y acumulable a las anteriores, vinculada en sus presupuestos solo al incumplimiento de los deberes a título de culpa o dolo. Es responsabilidad por “obligaciones sociales” como sanción específica ante incumplimiento específico (...) y no por daño». En similar sentido, MARÍN DE LA BÁRCENA GARCIMARTÍN, F., *La acción individual...*, cit., p. 353, que expone que «los administradores que incumplen los deberes de promoción de la disolución devienen responsables solidarios de las deudas sociales y, al mismo tiempo, responden de los daños causados al patrimonio social por haberlo sometido a los riesgos propios de la actividad ordinaria de la sociedad en activo». Y continúa diciendo: «[n]ormalmente la acción social de responsabilidad se promoverá como consecuencia del ejercicio por parte de los administradores de sus acciones de regreso o derivadas de la subrogación en el crédito, en el caso de que hayan sido condenados a pagar alguna deuda social en base a los arts. 262.5 LSA y 105.5 LRSL». En relación con esta segunda idea, entendemos que debe señalarse que la mera acción de regreso o subrogatoria no resulta suficiente para el ejercicio de la acción social. La asimilación de la minoración del patrimonio social como consecuencia del ejercicio, por ejemplo, de la acción de regreso no implica, necesariamente, un daño si este patrimonio se enriqueció anteriormente con una prestación realizada por el tercero. En definitiva, no se debe identificar de manera automática la generación de obligaciones con posterioridad al acaecimiento de la causa de disolución con la existencia de un daño negligente en el patrimonio social. Ahora bien, en el supuesto de que concurran la acción de regreso del administrador y la responsabilidad por daños en su contra, la sociedad podrá oponer la existencia de esta última (así, ESTEBAN VELASCO, G., «Algunas reflexiones...», cit., p. 75), pudiendo compensarse los créditos, en la cuantía que fuera procedente. Sobre la distinción entre la acción social y la responsabilidad por las obligaciones sociales, recientemente, STS nº 346/2014 de veintisiete de junio.

Además, como hemos expuesto arriba, siempre cabe la posibilidad de que los administradores sociales sean considerados responsables por daños generados por hechos distintos a los que generan la obligación de responder *ex* artículo 367 LSC. En ese caso, las acciones son totalmente independientes por lo que no existe problema alguno de coordinación entre las mismas.

2.2. Deber de convocar la Junta General

De concurrir causa de disolución –en nuestra hipótesis de estudio, pérdidas cualificadas– los administradores deben convocar en el plazo de dos meses la Junta General para que acuerde la disolución o, si la sociedad fuera insolvente, ésta inste el concurso (art. 365.1 I LSC). Además, cualquier socio puede solicitar a los administradores la convocatoria de la Junta si considera que concurre causa de disolución o insolvencia (art. 365.1 II LSC). La Junta General podrá adoptar los acuerdos necesarios para la remoción de la causa, si constan en el orden del día (art. 365.2 LSC).

La LSRL en el artículo 105.1 establecía: «En los casos previstos en los párrafos c a g del apartado 1 del artículo anterior, *la disolución, o la solicitud de concurso, requerirá acuerdo de la Junta General* adoptado por la mayoría a que se refiere el apartado 1 del artículo 53. Los administradores deberán convocar la Junta General en el plazo de dos meses para que adopte el acuerdo de disolución o inste el concurso. Cualquier socio podrá solicitar de los administradores la convocatoria si, a su juicio, concurriera alguna de dichas causas de disolución, o concurriera la insolvencia de la sociedad, en los términos a que se refiere el artículo 2 de la Ley Concursal». Sin embargo, el artículo 262.2 LSA disponía: «(I) Los administradores deberán convocar Junta General en el plazo de dos meses para que adopte el acuerdo de disolución. (II) Asimismo *podrán solicitar la declaración de concurso* por consecuencia de pérdidas que dejen reducido el patrimonio neto a una cantidad inferior a la mitad del capital social, a no ser que éste se aumente o se reduzca en la medida suficiente, siempre que la referida reducción determine la insolvencia de la sociedad, en los términos a que se refiere el artículo 2 de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal» (todas las cursivas son nuestras)⁷³⁵.

⁷³⁵ BATALLER, J., «Comentario al artículo 365», en ROJO, A./BELTRÁN, E., (dirs.), *Comentario de la Ley de Sociedades de Capital*, T. II, Civitas, Navarra, 2011, p. 2563, única nota: «El precepto recoge los mandatos contenidos en los artículos 262.2 de la LSA y 105.1 in fine y 105.2 de la LSRL. Ciertamente, la Ley concursal dotó de tenores distintos a las dos leyes refundidas, lo que, junto a la falta de coordinación con la Ley Concursal (arts. 3 y 5 LC), condujo a un vivo debate sobre la legitimación de los administradores de las sociedades de capital para solicitar el concurso de acreedores. La redacción dada por el texto refundido a esta problemática supera la dualidad hasta ahora vigente y dota de un régimen unificado a ambos tipos sociales».

Sobre la génesis de las normas contenidas en las derogadas LSA y LSRL, *vid.*, ROJO FERNÁNDEZ-RÍO, A., «Los deberes legales...», *cit.*, pp. 1443-1447.

La LSC unifica lo establecido por la LSA y la LRSL. Mientras la LSRL establecía la necesidad de acuerdo de la Junta para instar el concurso, la LSA parecía atribuir, además de la legitimación, la competencia decisoria al órgano de administración. La propia LC resolvió la cuestión estableciendo en su artículo 3.1 II: «Si el deudor fuera persona jurídica, será competente para decidir sobre la solicitud el órgano de administración o de liquidación». A pesar de que parece que la LSC se haya decantado por la opción establecida en la LC, sigue, desde nuestro punto de vista, resultando problemática la posible exigencia de acuerdo de la Junta en el supuesto de insolvencia inminente, cuestión que abordamos en el apartado siguiente.

Además, la LSC, en línea con lo establecido en la LRSL (cfr. art. 105.2 LSRL) establece dos vías de actuación ante la concurrencia de pérdidas que dejen reducido el patrimonio neto a una cantidad inferior a la mitad del capital social: la disolución/concurso o la remoción de la causa, posibilidad esta segunda no contenida en la LSA. La coordinación de la norma societaria y la concursal no está exenta de complejidad, y plantea variadas e interesantes cuestiones en las que nos debemos detener.

2.2.1. Coordinación con la normativa concursal

Como ya se ha expuesto, la LSC dispone literalmente que «[l]os administradores deberán convocar la junta general en el plazo de dos meses para que adopte el acuerdo de disolución o, si la sociedad fuera insolvente, ésta inste el concurso». La aparente sencillez de la norma no es tal, especialmente, cuando concurre la situación de pérdidas cualificadas e insolvencia, lo que plantea complejos problemas de coordinación de regímenes, por ejemplo, la coordinación del deber de convocar la Junta General que ha de acordar la disolución con el deber de solicitar la declaración de concurso (art. 5 LC) y el órgano legitimado para tal decisión, cuestión ésta de crucial importancia.

2.2.1.1. Pérdidas cualificadas e insolvencia actual

En primer lugar, resulta complejo determinar si los administradores deben convocar la Junta cuando la sociedad, además de encontrarse en situación de sobreendeudamiento que exija la disolución, se halle también en situación de *insolvencia actual*. Para

contestar a esta cuestión es necesario distinguir dos planos: la Junta como foro de adopción de medidas de remoción de la crisis y la Junta como instrumento informativo.

En cuanto al primer plano, si se entiende que la convocatoria de la Junta únicamente tiene como fin la adopción del acuerdo de disolución o remoción de la situación de pérdidas, la concurrencia de la situación de insolvencia actual que obliga al inicio del procedimiento concursal vacía de sentido el deber de convocatoria en este plano, al menos que se considere que la *remoción del presupuesto objetivo «insolvencia actual»* también es una de las medidas que puede adoptar la Junta⁷³⁶. Por el contrario, puede entenderse que la Junta tiene influencia en la decisión de convocatoria del concurso, siempre y cuando se considere que esta Junta es el órgano/momento legalmente establecido para aportar medidas de remoción no sólo de la causa de disolución sino también de la insolvencia actual⁷³⁷. Desde nuestro punto de vista, ello sólo puede defenderse si se defiende, a su vez, que se deba convocar la Junta General en el supuesto de insolvencia actual sin pérdidas cualificadas, siendo la Junta el órgano competente para acordar la solicitud de concurso, tesis incompatible con lo establecido en relación con el órgano legitimado para solicitar el inicio del procedimiento por la Ley Concursal⁷³⁸.

Si, en cambio, se considera que el Derecho concursal y el propio interés concursal desplaza al Derecho societario, debe entenderse que el deber de convocar el concurso desplaza al deber de convocar la Junta que ha de acordar la disolución, con el mismo fundamento que rige el que no exista la obligación de convocar a la Junta para que

⁷³⁶ Parece excluir esta opción BELTRÁN SÁNCHEZ, E., «La responsabilidad de los administradores por obligaciones sociales», en ROJO, A./BELTRÁN, E. (dirs.), *La responsabilidad de los administradores de las sociedades mercantiles*, Tirant lo Blanch, 5ª ed., Valencia, 2013, p. 264, cuando manifiesta: «Si se tiene en cuenta que la propia Ley establece que la insolvencia de la sociedad enerva la causa de disolución, sólo cabe interpretar el precepto considerado en el sentido de que los administradores deberán convocar junta general cuando concurra causa de disolución y no concurra causa de insolvencia...».

⁷³⁷ En este sentido, por ejemplo, SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, J., «Comentario al artículo 5», *cit.*, pp. 197-200. También BATALLER, J., «Comentario al artículo 365», *cit.*, p. 2565, para quien la única interpretación posible «consiste en entender que los administradores, cuando la sociedad esté en situación de insolvencia, han de decidir si instan ellos directamente el concurso de acreedores o si convocan una junta general para que sea este órgano quien resuelva la cuestión», solventándose, a parecer del autor, el problema de la responsabilidad de los administradores por no solicitud de concurso cuando no se cuente con el apoyo de la Junta General. A este respecto, sostiene [«Comentario al artículo 367», en ROJO, A./BELTRÁN, E. (dirs.), *Comentario de la Ley de Sociedades de Capital*, T. II, Civitas, Navarra, 2011, p. 2573]: «En caso de insolvencia de la sociedad, los administradores están obligados: a) solicitar directamente el concurso; o b) convocar la junta general en el plazo de dos meses para que se adopte el acuerdo de instar el concurso. En caso de que no se alcance este acuerdo, ni se haya removido la situación de insolvencia, deberán entonces instar el concurso de acreedores de la sociedad».

⁷³⁸ Sobre el órgano competente para instar el concurso, *vid.*, *infra*, Parte Segunda, Capítulo III, C, 2.1.

decida sobre el inicio del procedimiento concursal en situación de insolvencia actual⁷³⁹. Los intereses concurrentes en el contexto concursal imponen el inicio del procedimiento concursal y, en consecuencia, el deber del órgano de administración de solicitarlo. Este principio no cambia por la concurrencia de la situación de pérdidas cualificadas. En consecuencia, cualquier Junta que se celebre tendrá, en concurrencia del elemento concursal, carácter meramente informativo de la situación de dificultad. El argumento de que la Junta legalmente prevista para acordar la disolución pueda, además, decidir medidas de remoción de la insolvencia no influye en lo expuesto. El administrador deberá, dentro del margen de discrecionalidad gestora de que dispone, y siempre en el límite temporal que el deber de solicitud de concurso establece, decidir si conviene convocar una Junta que decida sobre la remoción de la insolvencia, con más urgencia incluso, que sobre la remoción de la causa de disolución.

Eso sí, es necesario aclarar qué trascendencia tiene, a efectos de responsabilidad por deudas, la falta de convocatoria de esta *Junta informativa*, en tanto no es lo mismo que la Junta deba convocarse siempre, aunque sea con su funcionalidad limitada y, otra bien distinta, que la ausencia de convocatoria de la Junta informativa tenga la misma trascendencia a efectos de responsabilidad por obligaciones sociales que la ausencia de convocatoria de la Junta que ha de acordar la disolución.

La responsabilidad por obligaciones sociales tiene, como veremos, la función de sancionar a los administradores que permanecen inactivos ante la concurrencia de una causa de disolución, creando un riesgo que el resto de operadores en el tráfico jurídico no deben asumir al ofrecer una falsa sensación de normalidad societaria. Si los administradores iniciaran el procedimiento concursal tempestivamente, deberían instar el concurso en los mismos dos meses de que disponen para la convocatoria de la Junta⁷⁴⁰. Por tanto, la norma de responsabilidad por obligaciones sociales no se activará nunca. Eso sí, los administradores siempre podrán ser considerados responsables vía acción individual por los daños que los socios hayan sufrido derivados de la falta de

⁷³⁹ En este sentido, nos adherimos a lo defendido por BELTRÁN SÁNCHEZ, E., «La responsabilidad...», *cit.*, pp. 263-264.

⁷⁴⁰ En contra, si lo hemos entendido bien, BATALLER, J., «La disolución», en ROJO, A./BELTRÁN, E. (dirs.), *Disolución y liquidación de sociedades mercantiles*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2009, p. 64, quien parece entender que se dispone de dos meses para solicitar el concurso desde que «se celebró la junta general sin que se hayan adoptado los acuerdos pertinentes».

información de la situación de pérdidas, en línea con lo explicado en relación con la contratación en crisis⁷⁴¹.

En conclusión, consideramos que *concurriendo pérdidas cualificadas e insolvencia actual* la convocatoria –y posterior celebración– de la Junta tendrá una finalidad informativa insoslayable, en protección de socios. Ahora bien, la celebración de la Junta no debe interferir en la solicitud diligente de concurso, de tal manera que, siempre y cuando el «aplazamiento» del inicio del procedimiento concursal no resulte negligente, la celebración de la Junta podrá mantenerse, con la única finalidad informativa expresada.

2.2.1.2. Pérdidas cualificadas e insolvencia inminente

De manera mayoritaria, nuestra doctrina entiende que es la Junta General el órgano competente para acordar la solicitud de concurso en situación de insolvencia inminente⁷⁴².

Si el interés «concursal» aún no ha desplazado al interés «social» e impera el Derecho societario, la competencia del órgano de administración para solicitar el concurso parecería estar limitada por la competencia de la Junta que ha de acordar la disolución. Ello resulta coherente con una comprensión de la situación de insolvencia inminente como un escenario donde, en principio, se conserva inalterada la naturaleza originaria de la Junta «disolutoria». Expresado de otro modo, la combinación de la naturaleza facultativa del procedimiento concursal en situación de insolvencia inminente vinculada con la existencia del deber de convocar la Junta ante la situación de pérdidas cualificadas para que acuerde la disolución o medidas de remoción de la causa disolutoria conduce a considerar que en situación de insolvencia inminente la decisión de iniciar el concurso reside en la Junta. Si la Junta es el órgano competente para decidir sobre los mecanismos de remoción de la causa de disolución cuando la sociedad se encuentra en situación de pérdidas cualificadas sin insolvencia actual, en principio, parece que también debería serlo para decidir solicitar el concurso⁷⁴³.

⁷⁴¹ *Vid., supra*, Parte Segunda, Capítulo I.

⁷⁴² Nos remitimos, *infra*, Parte Segunda, Capítulo III, C, 2.1, donde se abordará con más detenimiento la cuestión del órgano legitimado para la solicitud de concurso en situación de insolvencia inminente.

⁷⁴³ Entre otros, NAVARRO LÉRIDA, M.S., «El problema de la competencia para decidir sobre la solicitud del concurso en las sociedades de capital. La necesidad del acuerdo de la Junta General», AAVV,

Ante este planteamiento, el único argumento que podría alegarse a favor de la competencia decisoria exclusiva del órgano de administración en situación de insolvencia inminente es que el actuar diligente y respetuoso con el interés social (que, conforme lo expuesto hasta ahora, en este momento ya sería *interés social en la crisis*) implicara solicitar el concurso lo antes posible. Nos encontramos inevitablemente ante un choque de intereses: el de los socios a decidir sobre el proceso, que impera en la normativa societaria, frente al de los acreedores, y la protección que se les otorga en el plano concursal.

Siendo coherentes con lo defendido hasta el momento a lo largo de este trabajo, consideramos que, en cuanto a la competencia decisoria, **son los administradores los que deben valorar si el inicio del procedimiento concursal es el comportamiento más diligente, teniendo en cuenta el interés social en la crisis y las circunstancias concurrentes.** La Junta sólo tendrá la capacidad de alterar ese *actuar diligente* en cuanto pueda ofrecer a los administradores una solución que sea *objetivamente mejor para la sociedad teniendo en cuenta la composición del interés social en la crisis*.

Ahora bien, admitir esta intervención de la Junta implica, a su vez, admitir la necesaria celebración de la misma, lo que, además, no se ha olvidado, impone el artículo 365.1 LC. Por tanto, consideramos, que la Junta debe celebrarse de todas maneras, con la finalidad de informar a los socios sobre la existencia de la situación de crisis y permitiéndose que los socios planteen a los administradores opciones alternativas a la solicitud de concurso, alternativas que serán los administradores los que deban valorar. Ahora bien, en el supuesto de concurrencia de situación de pérdidas cualificadas e insolvencia inminente debe considerarse que **el fundamento de la convocatoria es la información a los socios de la situación de crisis, permitiendo así la discusión sobre posibles medidas alternativas tanto a la disolución como al inicio del procedimiento concursal.**

Gobierno Corporativo y Crisis Empresariales (II Seminario Harvard-Complutense de Derecho Mercantil), Marcial Pons, Madrid, 2006, pp. 194-195 (no por ello ajena a la complejidad de la composición de intereses presente en este periodo preconcursal, como se observa cuando destaca que «[u]na solución deseable pasaría por establecer claramente cuál debe ser la actuación “diligente” en esta situación o, en otros términos, qué intereses deben tomarse en consideración en la situación de amenaza de insolvencia. (...) en una situación de “inminencia” debería abogarse por una reforma referida a la introducción de normas sobre responsabilidad para el supuesto en que los administradores, conocedores de una situación patrimonial delicada, de “insolvencia inminente”, no hagan lo necesario para impedir que la sociedad se arroje al abismo de la insolvencia actual»).

2.2.1.3. La Junta «disolutoria» y régimen de responsabilidad

Por último, es necesario aclarar qué trascendencia tiene, a efectos de responsabilidad por obligaciones sociales, la falta de convocatoria de esta *Junta informativa*. Desde nuestro punto de vista, el que se defienda que la Junta deba convocarse siempre (aunque con competencias limitadas) no debe entenderse en el sentido de que la ausencia de convocatoria de esta Junta tenga la misma trascendencia a efectos de responsabilidad *ex* artículo 367 LSC que la ausencia de convocatoria de la Junta que ha de acordar la disolución, no concurriendo el elemento de la concursabilidad.

La responsabilidad por obligaciones sociales tiene, como ya se ha manifestado, la función de sancionar a los administradores que permanecen inactivos ante la concurrencia de una causa de disolución, creando un riesgo que el resto de operadores en el tráfico jurídico no deben asumir al ofrecer una falsa sensación de normalidad societaria. Si la situación de insolvencia actual ya existía cuando concurre la situación de pérdidas cualificadas, y los administradores inician el procedimiento concursal tempestivamente, la norma de responsabilidad por obligaciones sociales no operará nunca, aunque no se convoque ni celebre la Junta «disolutoria». Ello no impide que los administradores sean considerados responsables por los daños que los socios, hayan sufrido derivados de la falta de información de la situación de pérdidas⁷⁴⁴.

En cambio, si concurriendo una situación de pérdidas cualificadas –y con independencia de que la sociedad se encuentre en situación de insolvencia inminente o actual- ni se convoca la Junta en los dos meses legalmente establecidos, ni se inicia, en ese mismo plazo, el procedimiento concursal, los administradores responderán por todas las deudas generadas desde la concurrencia de la causa hasta la el inicio, voluntario o necesario, del concurso⁷⁴⁵. Si la solicitud de concurso ha de considerarse como un modo de *cumplimiento alternativo* del deber la convocatoria de la Junta, en este supuesto, la

⁷⁴⁴ En relación con esta cuestión, entiende BATALLER, J., «Comentario al artículo 365», *cit.*, pp. 2565-2566 que convocando la junta o solicitando el concurso directamente, se evita la responsabilidad *ex* art. 367. Pero ello no evita que se pueda incurrir en responsabilidad societaria: «Ni es descartable una acción social contra los administradores que instaron directamente el concurso sin contar con el consentimiento previo de los socios; ni tampoco una acción individual de los acreedores por la demora en la presentación de la solicitud de concurso, cuando el trámite de convocar la junta general haya generado una agravación en el estado de insolvencia».

⁷⁴⁵ A favor de que la obligación del administrador desaparece también al iniciarse el proceso concursal por tercero legitimado (en el contexto legislativo previo a la promulgación de la LC), ALCOVER GARAU, G., «La responsabilidad de los administradores de la sociedad anónima por las deudas sociales *ex* artículo 262.5 y los procedimientos concursales», *RdS*, 8/1997, p. 269.

cobertura de las deudas se producirá desde que debió convocarse la Junta hasta que se instó el concurso⁷⁴⁶, y ello con independencia de que el concurso se estuviera convocando, en cuanto a los parámetros concursales, tempestivamente. En definitiva, puede darse el caso en que se cumple el deber de convocatoria de la Junta *de manera alternativa pero tardía* mediante la solicitud de concurso –lo cual no quiere decir, necesariamente, que el concurso también se haya iniciado tardíamente- respondiendo los administradores por las obligaciones generadas desde el acaecimiento de la causa hasta el inicio del procedimiento concursal⁷⁴⁷.

⁷⁴⁶ Al respecto del *cumplimiento alternativo*, BELTRÁN SÁNCHEZ, E., *La disolución...*, cit., p. 121 (admitiéndolo «siempre que no hayan transcurrido los dos meses previstos para que los administradores convoquen la junta»); ESTEBAN VELASCO, G., «Algunas reflexiones...», cit., p. 70 («si existe solicitud de procedimiento concursal antes de los dos meses y –al concurrir los presupuestos para su apertura- ésta se admite, no se incurre en la responsabilidad ex 262.5 LSA»); ROJO FERNÁNDEZ-RÍO, A., «Los deberes legales...», cit., pp. 1473-1475 [que considera que si «la solicitud de suspensión de pagos o de quiebra voluntaria tienen lugar cuando los administradores ya han incumplido ese deber primario o ese deber secundario, continúan respondiendo de las deudas sociales (...) pero la solicitud de apertura de procedimiento concursal presentada dentro de los dos meses siguientes al acaecimiento de la causa (...) tiene los *mismos efectos* que la convocatoria de la Junta (...). En presencia de causa legal de disolución por pérdida, a los administradores se ofrece la alternativa de optar entre cumplir con esos deberes societarios o instar la apertura del procedimiento judicial. No tiene razón de ser –se dice-, aplicar una medida de protección de los acreedores cuando se ha solicitado la apertura de un procedimiento concursal cuya finalidad básica es, precisamente, satisfacer a esos acreedores»].

⁷⁴⁷ Revisando su posición, BELTRÁN SÁNCHEZ, E., *La disolución...*, cit., 157 [«El supuesto más complejo es, sin duda, el relativo al cumplimiento tardío de la obligación de convocar junta y/o pedir la disolución judicial. En la primera edición sostuvimos que la responsabilidad surge, por imperativo de la ley, pasados dos meses desde el respectivo *dies a quo*, de modo que el cumplimiento tardío de la obligación no terminará con la responsabilidad de los administradores (...). Tan rigurosa tesis (...) debe limitarse a las deudas surgidas con anterioridad a ese momento»]; expresamente, ESTEBAN VELASCO, G., «Algunas reflexiones...», *op. ult. cit.* (que considera que el *cumplimiento tardío* «libera respecto de eventuales obligaciones surgidas tras el cumplimiento de sus deberes»). Contra (apoyando la tesis primeramente defendida por el prof. BELTRÁN), SUÁREZ-LLANOS GÓMEZ, L., «La responsabilidad por deudas de los administradores de sociedad anónima», en IGLESIAS PRADA, J.L. (coord.), *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Aurelio Menéndez*, vol. II, Civitas, Madrid, 1996, p. 2506.

Defendiendo una interpretación alternativa, ROJO FERNÁNDEZ-RÍO, A., «Los deberes legales...», cit., pp. 1477-1478: «Transcurrido el plazo de dos meses, los administradores que no han observado el deber de convocar Junta General o, en su caso, de solicitar la disolución judicial de la sociedad, están expuestos a que cualquier acreedor pueda exigir y obtener de ellos el pago de las deudas sociales; pero, aunque hayan transcurrido esos dos meses, si convocan Junta o si, fracasada ésta, instan la disolución de la sociedad ante el Juez de Primera Instancia del lugar del domicilio social, se extingue la responsabilidad por las deudas sociales anteriores (y posteriores) al momento del cumplimiento *frente a todos aquellos acreedores que no hubieran ejercido, judicial o extrajudicialmente, el derecho correspondiente*. El derecho a exigir la responsabilidad de los administradores es, pues, un derecho *potestativo y temporal*. Es potestativo porque, una vez ejercitado, sujeta definitivamente a cada uno de los administradores al cumplimiento de las obligaciones contraídas por la sociedad, sin que la posterior convocatoria de la Junta General o la posterior solicitud de disolución judicial afecten, directa o indirectamente, a esa situación de sujeción. Es *temporal* porque sólo puede ejercitarse en tanto no haya existido cumplimiento. El cumplimiento oportuno impide que nazca la responsabilidad por las deudas sociales; el incumplimiento tardío o retrasado extingue esa responsabilidad frente a todos aquellos que todavía no la hubieran exigido». Esta interpretación parece ser la que se adoptó en el art. 272-12.3 ALCM, que dispone, al respecto de la *responsabilidad solidaria de los administradores por infracción de los deberes legales en orden a la disolución por pérdidas*: «El cumplimiento tardío por los administradores de los deberes a que

2.2.1.4. Los acuerdos de refinanciación y la causa de disolución por pérdidas cualificadas

Por último, la regulación de los acuerdos de refinanciación plantea un nuevo problema de coordinación entre la legislación societaria y concursal. El artículo 5 bis LC hace referencia a la paralización del deber de solicitar el concurso. Sin embargo, no influye en la regulación de la crisis disolutoria. Por tanto, la paralización del deber de solicitar el concurso que permite la negociación de un acuerdo de refinanciación, en principio, no parece que pueda producirse en el ámbito de los deberes disolutorios. Cabría la posibilidad de argumentar que si la normativa societaria resulta desplazada por la normativa concursal, debería, asimismo, admitirse el desplazamiento del deber de convocar la Junta que ha de acordar la disolución, debería, permitiendo que el deudor despliegue todas las posibilidades que ofrece la Ley concursal. No deja de ser, por otra parte, una interpretación, cuanto menos, extensiva del artículo 5 bis de la Ley Concursal e incluso arriesgada, por el carácter reservado que pueden tener las negociaciones de un acuerdo de refinanciación. Probablemente lo más seguro será plantear el acuerdo de refinanciación como un mecanismo de remoción de la causa de disolución, dando así cumplimiento al deber de convocatoria de la Junta.

2.2.2. Plazo para la convocatoria de la Junta que ha de acordar la disolución

La determinación del plazo para el cumplimiento del deber de convocatoria no es tampoco materia exenta de matices. El literal de la norma establece que «[l]os administradores deberán convocar la junta general en el plazo de dos meses para que adopte el acuerdo de disolución o, si la sociedad fuera insolvente, ésta inste el concurso», lo que plantea dos dudas. Primera, si el plazo de dos meses rige sólo para la convocatoria o si también habrá de adoptarse el acuerdo o solicitarse el concurso en dicho plazo. Segunda, cómo se determina el inicio del cómputo del plazo.

se refiere el apartado segundo del artículo anterior extinguirá la responsabilidad legal de éstos frente a aquellos acreedores que no hubieran exigido judicialmente esa responsabilidad».

En relación con la primera de las cuestiones planteadas, la Ley dispone un plazo de dos meses *para la convocatoria* de la Junta, que *no para la celebración* de la misma⁷⁴⁸. Sin embargo, esta interpretación permitiría entender que la Junta se puede celebrar *en cualquier momento*, siempre y cuando *se convoque* en los dos meses posteriores al conocimiento diligente de la causa, pudiendo dilatarse innecesariamente este periodo de tiempo, lo que contrasta con la excepcional gravedad de la situación de pérdidas cualificadas, circunstancia de la que debería informarse con la mayor celeridad posible a los socios, ya que exige la toma de medidas urgentes, bien sean destinadas a remover la causa o a apartar a la sociedad del tráfico jurídico⁷⁴⁹. Sin embargo, la coordinación del artículo 365 con el 367 LSC parece apoyar la interpretación inicialmente expuesta, vinculándose, en consecuencia, la responsabilidad por las obligaciones sociales a la convocatoria, no a la celebración. En cualquier caso, ello no debe implicar un retraso innecesario en la celebración de la Junta ni impedir que ese retraso innecesario pueda considerarse negligente. En ese sentido, aunque entendemos que no es defendible a la vista de la regulación existente la exigencia de la celebración *dentro* de los dos meses que establece el artículo 365 LSC como relevante a los efectos del artículo 367 LSC, consideramos que el posible daño derivado de la postergación de la celebración de la Junta más allá de lo que exijan los plazos legal o estatutariamente previstos puede ser exigido vía responsabilidad societaria de administradores.

En relación con el *dies a quo* para el cómputo del plazo del deber de convocatoria señalado en el artículo 365 LSC, conviene comenzar precisando que la existencia de la causa de disolución no equivale al nacimiento del deber de convocatoria. La causa de disolución que ahora se estudia *concorre*, como establece el artículo 363.1 e), desde que existen «pérdidas que dejen reducido el patrimonio neto a una cantidad inferior a la mitad del capital social», sean conocidas por los administradores o no. Sin embargo, el *nacimiento del deber de disolución* sólo se produce cuando la causa fuera, o debiera haber sido de haber desplegado los administradores la diligencia debida, conocida por

⁷⁴⁸ BELTRÁN SÁNCHEZ, E., «La responsabilidad...», *cit.*, p. 270; ESTEBAN VELASCO, G., «Algunas reflexiones...», *cit.*, p. 69; BATALLER, J., «Comentario al artículo 365», *cit.*, p. 2564

⁷⁴⁹ Entendía DE EIZAGUIRRE BERMEJO, J.Mª., *La disolución...*, *cit.*, p. 94, y nos parece razonable, la aplicación analógica del plazo establecido legalmente para la celebración de la Junta convocada a solicitud de los socios (se refiere el autor al art. 45.3 LSRL, actual art. 168 II LSC). Por su parte, ROJO FERNÁNDEZ-RÍO, A., «Los deberes legales...», *cit.*, p. 1471, entiende que «[a]unque la Ley no establece una fecha máxima para la celebración de la Junta, es evidente que, entre la fecha de la convocatoria y la fecha de la celebración debe existir un “plazo razonable” (que, por supuesto, puede ser superior al mínimo legal de quince días)».

éstos, sin que ese conocimiento se halle vinculado a la formulación de las cuentas anuales⁷⁵⁰.

En cambio, a pesar de lo establecido en el artículo 363.1 e), no parece que se deba exigir un *segundo elemento para la existencia de la causa de disolución*, tal es que la Junta conozca la existencia de pérdidas cualificadas sin decidir tomar ninguna de las medidas previstas en la Ley. Como bien se ha indicado, vincular la concurrencia de la causa al conocimiento y negativa de actuación de la Junta limitaría significativamente la eficacia preconcursal de la norma⁷⁵¹.

En consecuencia, lo crucial es probar *cuándo los administradores deberían haber conocido la causa de disolución* (que no coincide, necesariamente con el momento en que *concurrió* la causa), porque ello determina el inicio del cómputo del plazo de dos meses del que disponen para convocar la Junta y, en consecuencia, el posible incumplimiento de ese plazo, y el nacimiento de la obligación legal. En principio, parecería que la carga de la prueba habrá de recaer sobre el que solicite la responsabilidad de los administradores⁷⁵². Sin embargo, como se expondrá

⁷⁵⁰ Vincular el inicio del cómputo del plazo a la formulación por los administradores de las cuentas anuales limitaría notablemente la finalidad preconcursal de la norma. Por todos, BELTRÁN SÁNCHEZ, E., *La disolución...*, cit., p. 116. Recientemente, BELTRÁN SÁNCHEZ, E., «La responsabilidad...», cit., pp. 261-263, donde, además, se reseña la contradictoria jurisprudencia del Tribunal Supremo al respecto; ESTEBAN VELASCO, G., «Algunas reflexiones...», cit., p. 69. Contra, ROJO FERNÁNDEZ-RÍO, A., «Los deberes legales...», cit., pp. 1462-1463, que considera que debe entenderse que las pérdidas a que se refiere la norma son las «pérdidas de ejercicio», por lo que el *dies a quo* para el cómputo del plazo sería «el momento en el que se formulan las cuentas anuales por los administradores y, en caso de falta de formulación, el último día del plazo legal establecido a tal fin». Sobre los argumentos conceptuales, lógicos y sistemáticos en que sustenta el autor su tesis, pp. 1463-1469.

La posición del TS, a favor de la tesis del efectivo conocimiento («conoció o pudo conocer») y no de la formulación de cuentas, se puede encontrar en la STS nº 328/2011, de 19 de mayo.

⁷⁵¹ BELTRÁN SÁNCHEZ, E., *La disolución...*, cit., pp. 116-117. En el mismo sentido, entre otros, PÉREZ MILLÁN, D., «Causa de disolución...», cit., p. 204; BATALLER, J., «Comentario al artículo 363», en ROJO, A./BELTRÁN, E. (dirs.), *Comentario de la Ley de Sociedades de Capital*, T. II, Civitas, Navarra, 2011, p. 2556.

⁷⁵² DE EIZAGUIRRE BERMEJO, J.Mª., *La disolución...*, cit., p. 94, sostiene: «En supuestos de dudosa concurrencia de la causa de disolución, el comienzo efectivo del plazo deberá ser probado por quien ejercite la responsabilidad contra los administradores, conforme la doctrina del *onus probandi*, ex art. 1214 CC».

En relación con esta cuestión resulta, cuanto menos, interesante, el pronunciamiento que se realiza en el fundamento de derecho tercero de la STS nº 942/2011 de 29 de diciembre, donde, al respecto de la carga de la prueba, el Tribunal entiende: «aunque es absolutamente imprescindible demostrar que concurren los requisitos exigidos por el artículo 105.5 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada y, en concreto, que pese a concurrir causa de disolución transcurrieron cuando menos dos meses sin que el órgano de administración promoviera la disolución o la remoción de la causa legal concurrente, es irrelevante la determinación exacta del *dies a quo* a partir del que debe iniciarse el cómputo del plazo bimensual y, de hecho, la realidad demuestra que con frecuencia las sociedades afectadas -y, claro está, sus administradores no facilitan los datos reales de la contabilidad de la sociedad y de la evolución de su

posteriormente, es necesario ofrecer una interpretación del sistema que coordinada, teniendo en cuenta la presunción establecida en el artículo 367.2 LSC.

Además, en sintonía con todo lo expuesto hasta el momento, los medios mediante los cuales se ha de apreciar la existencia de las pérdidas (como causa de disolución) no deben estar limitados al balance de formulación de cuentas anuales, siendo suficiente, por ejemplo, cualquier balance intermedio⁷⁵³. Cuestión distinta es que el administrador tenga el deber derivado del general de diligencia, de solicitar un balance de la sociedad para confirmar la situación de pérdidas cuando la misma pueda ser sugerida por un documento menos fiable, preciso o completo que un balance de empresa⁷⁵⁴.

Para finalizar, conviene subrayar que, independientemente de las posiciones que se defiendan, resulta patente que la eficacia preconcursal de la norma se restringe por cualquier complejidad que la falta de precisión normativa proyecte en la interpretación de la norma, a la hora de establecer dos elementos: (1) cuándo nace el deber y (2) cómo se constata la concurrencia de la causa de disolución y el conocimiento de la misma –o desconocimiento negligente– por parte de los administradores. Ello limita la capacidad preventiva de la crisis –o, al menos, de evitación del agravamiento de la misma– de este sistema.

2.3. La disolución judicial como deber de los administradores

La voluntad del legislador de que, de ninguna manera, la sociedad siga operando sin que la Junta se convoque o, de convocarse, no se celebre o no acuerde ninguna de las medidas legalmente previstas para dar solución a la crisis, se aprecia claramente en la regulación de la disolución judicial de la sociedad como *mecanismo de cierre del sistema de carácter subsidiario*⁷⁵⁵ (art. 366 LSC).

patrimonio -en este caso consta que el crédito de la demandante ni siquiera aparece provisionado-, por lo que no puede exigirse al acreedor que demuestre la fecha en la que las pérdidas determinaron la disminución del patrimonio a menos de la mitad del capital social, aunque, reiteramos, debe acreditar la concurrencia de causa de disolución y la pasividad de los administradores durante el repetido plazo de dos meses».

⁷⁵³ BELTRÁN SÁNCHEZ, E., *La disolución...*, cit., p. 117; DE EIZAGUIRRE BERMEJO, J.Mª., *La disolución...*, cit., p. 60; ESTEBAN VELASCO, G., «Algunas reflexiones...», cit., p. 69.

⁷⁵⁴ En este sentido DE EIZAGUIRRE BERMEJO, J.Mª., *La disolución...*, cit., 60.

⁷⁵⁵ Como recuerda BATALLER, J., «Comentario al artículo 366», en ROJO, A./BELTRÁN, E. (dirs.), *Comentario de la Ley de Sociedades de Capital*, T. II, Civitas, Navarra, 2011, p. 2570: «sólo cabe interponer la demanda cuando no se haya acordado la disolución por la junta general. En nuestro derecho no es posible, consiguientemente, la disolución inmediata, ni es posible que los administradores la

Al margen del supuesto en que la disolución judicial se insta por un interesado (cfr. art. 366.1 LSC)⁷⁵⁶, para los administradores la solicitud de disolución judicial de la sociedad supone un verdadero deber que nace ante la frustración de lo dispuesto en el artículo 365 LSC⁷⁵⁷ y que habrán de cumplir en el plazo de dos meses desde que la Junta, si no se constituyó, debería haberse constituido, o desde el día en que se celebró sin que llegara a acordarse ni la disolución ni ninguna medida de remoción de la causa de disolución (art. 366.2 II LSC)⁷⁵⁸.

El incumplimiento por parte de los administradores del deber de solicitar la disolución judicial, o, de manera alternativa, el concurso, cuando resultara procedente⁷⁵⁹, supone el nacimiento de responsabilidad *ex* artículo 367 LSC, de la misma manera que la infracción del deber de convocar la Junta establecido en el 365 LSC, no planteándose en este supuesto el problema del cómputo del plazo, que será el del día que la Junta hubiera debido celebrarse y no se celebró o, habiéndose celebrado, no hubiera adoptado el acuerdo de disolución o la adopción de medidas de remoción de la causa disolutoria⁷⁶⁰.

Por último, cabe plantear si también en este supuesto, la solicitud de concurso fundamentada en una situación de insolvencia inminente es una medida alternativa a la solicitud de disolución judicial, es decir, si los administradores pueden optar por la disolución judicial o el inicio de un concurso (que, necesariamente, tendrá que estar fundamentado en la concurrencia de insolvencia inminente, dado que si la insolvencia fuera actual la solicitud de concurso es obligatoria, no facultativa⁷⁶¹). Desde nuestro punto de vista, habrá que defender en este supuesto lo mismo que se defendió en relación con el deber de convocar la Junta en un primer momento. La competencia para

declaren directamente, pues dicha decisión es contemplada como competencia exclusiva de la junta (art. 160 letra “g” LSC)».

⁷⁵⁶ La solicitud por interesado anterior a la solicitud por los administradores *dentro del plazo legalmente previsto a tal fin*, libera de responsabilidad a estos últimos. Así, por ejemplo, ESTEBAN VELASCO, G., «Algunas reflexiones...», *cit.*, p. 70.

⁷⁵⁷ En palabras de ROJO FERNÁNDEZ-RÍO, A., «Los deberes legales...», *cit.*, p. 1469: «el deber de solicitud de la disolución judicial de la sociedad tiene un *doble presupuesto*: en primer lugar, la existencia o, mejor, la *subsistencia* de dichas pérdidas, y, en segundo lugar, el *fracaso* de la Junta General convocada para acordar la disolución». Asimismo, BELTRÁN SÁNCHEZ, E., «La responsabilidad...», *cit.*, p. 266.

⁷⁵⁸ Por ejemplo, BATALLER, J., «Comentario al artículo 366», *cit.*, p. 2569.

⁷⁵⁹ Como recuerda BELTRÁN SÁNCHEZ, E., «La responsabilidad...», *cit.*, p. 266: «El sistema legal obliga, sin embargo, a tener en cuenta en ambos casos la posibilidad de que sobrevenga la insolvencia de la sociedad, pues se superpone entonces el deber legal de instar el concurso».

⁷⁶⁰ Así, por ejemplo, ESTEBAN VELASCO, G., «Algunas reflexiones...», *cit.*, p. 70.

⁷⁶¹ BELTRÁN SÁNCHEZ, E., *loc. ult. cit.*

decidir sobre el inicio del procedimiento concursal reside en el órgano de administración, que, ante los intereses concurrentes en situación de crisis empresarial, habrá de ponderar cuál es la medida más diligente y respetuosa con dicha composición de intereses. Como ya se ha expuesto, en situación de crisis empresarial, en la medida en que el valor de la posición del socio tiende a cero, su interés en la empresa desaparece, y el interés relevante pasa a ser el de los acreedores. Esta tesis, aunque resulte sencilla de defender en un escenario teórico, presenta desde un punto de vista práctico el riesgo de que los administradores *expropien* de la Junta la facultad de decidir sobre el devenir societario *abusando* del recurso a la convocatoria de concurso fundamentada en la insolvencia inminente. Aunque este peligro existe, la fiscalización que de la gestión societaria se produce en el concurso, así como los «riesgos» que para los administradores presenta una posible calificación del concurso como culpable hacen improbable dicho abuso.

3. La responsabilidad de los administradores por las obligaciones sociales

3.1. Introducción. La génesis de la norma

En su redacción originaria, y concurriendo alguna de las causas legalmente establecidas (cfr. art. 260.1 números 3º, 4º, 5º y 7º LSA y art. 105.1 LSRL)⁷⁶² las normas reguladoras de la sociedad anónima y de la sociedad de responsabilidad limitada establecían la responsabilidad de los administradores por las obligaciones sociales⁷⁶³. Así, el artículo 262.5 LSA disponía: «Responderán solidariamente de las obligaciones sociales los

⁷⁶² Se trata de causas de disolución que exigen la adopción de acuerdo social de disolución, acuerdo que, de no existir, supondría la prolongación de la vida societaria, a pesar de la existencia de circunstancias anormales. Ha de entenderse que la norma de responsabilidad opera para todas las causas citadas, a pesar de que en el específico caso de la existencia de pérdidas cualificadas a la función de «presión disolutiva» se le anude la función de medida de «alarma preconcursal». En este sentido, por todos, BELTRÁN SÁNCHEZ, E., «Pérdidas...», *cit.*, p. 484 [«Una cosa es que la dureza de la norma sólo se justifique plenamente cuando la causa de disolución consiste en las pérdidas patrimoniales cualificadas, porque entonces funciona como una importante medida *preconcursal*, y otra distinta, reducir su ámbito de aplicación a ese supuesto. La sanción legal tiene como fundamento, extensivo a todas las causas de disolución, la *voluntad del legislador* de evitar (...) que las sociedades siguiesen actuando (...) a pesar de la concurrencia de una causa de disolución»]; también, ESTEBAN VELASCO, G., «Algunas reflexiones...», *cit.*, p. 68. En contra, se ha defendido que la norma de responsabilidad solo opere de concurrir pérdidas o infracapitalización, por su especial trascendencia en cuanto a protección de acreedores. Así, SUÁREZ-LLANOS GÓMEZ, L., *op. cit.*, p. 2488; PAREDES SERRANO, C., «Pérdidas, acuerdo social de disolución, disolución judicial y responsabilidad de los administradores (STS (Sala 1ª) de 30 de junio de 1997)», *Derecho de sociedades I: Comentarios a la jurisprudencia*, RODRÍGUEZ ARTIGAS, F. (dir.), vol. II, Aranzadi-Thomson Reuters, Navarra, 2010, p. 2020.

⁷⁶³ Estrictamente, la LSA hacía referencia a «obligaciones», mientras que la LSRL hablaba de «deudas».

administradores que incumplan la obligación de convocar en el plazo de dos meses la junta general, para que adopte, en su caso, el acuerdo de disolución o que no soliciten la disolución judicial de la sociedad en el plazo de dos meses a contar desde la fecha prevista para la celebración de la junta, cuando ésta no se haya constituido, o desde el día de la junta, cuando el acuerdo hubiera sido contrario a la disolución». De una manera más escueta y tajante, el artículo 105.5 LSRL establecía que «[e]l incumplimiento de la obligación de convocar Junta General o de solicitar la disolución judicial determinará la responsabilidad solidaria de los administradores por todas las deudas sociales»⁷⁶⁴.

El hecho de que la regulación de las sociedades anónimas no distinguiera entre obligaciones anteriores y posteriores al acaecimiento de la causa fue motivo de una amplia polémica. La doctrina, aunque consciente de la severidad de la sanción impuesta al responsabilizar a los administradores por todas las obligaciones sociales, incluso las anteriores a la concurrencia de la causa disolutoria, no se podía abstraer de la interpretación analógica que permitía el recurso a lo establecido en la LSRL, cuya norma, por su claridad, no ofrecía lugar a dudas. El debate se superó por la redacción dada tanto al artículo 262.5 LSA como al artículo 105.5 de la LSRL por el apartado 8 de la disposición final primera de la Ley 19/2005, de 14 de noviembre, sobre la sociedad anónima europea domiciliada en España, disponiendo ambas normas la responsabilidad solidaria de los administradores por las obligaciones *posteriores* al acaecimiento de la causa legal de disolución⁷⁶⁵.

Además, la nueva redacción estableciendo la distinción entre obligaciones anteriores y posteriores conllevó la introducción de un segundo párrafo en ambas normas,

⁷⁶⁴ Claro está, ninguna de las normas hacía referencia en su primera redacción a la posibilidad de instar el concurso de la sociedad, opción que se introdujo en el 2003 por las disposiciones finales vigésima y vigésima primera de la LC, de reforma de la Ley de sociedades anónimas y de la Ley de sociedades de responsabilidad limitada, respectivamente.

⁷⁶⁵ Al respecto, por ejemplo, BELTRÁN SÁNCHEZ, E., *La disolución...*, cit., pp. 154-155; ESTEBAN VELASCO, G., «Algunas reflexiones...», cit., p. 73; QUIJANO GONZÁLEZ, J., «La responsabilidad de los administradores por la no disolución...», cit., p. 76. Especialmente crítico con la severidad de la norma, DE EIZAGUIRRE BERMEJO, J.Mª., «Comentario a los artículos 261 y 262», en DE EIZAGUIRRE, J.Mª./DE ANGULO RODRÍGUEZ, L., *Disolución y Liquidación. Obligaciones*, en SÁNCHEZ CALERO, F. (dir.), *Comentarios a la Ley de Sociedades Anónimas*, T. VIII, EDESA, Madrid, 1993, pp. 86-90. Al respecto del debate, con exhaustivas referencias, RODRÍGUEZ RUIZ DE VILLA, D./HUERTA VIESCA, Mª. I., *Responsabilidades de los administradores de sociedades de capital en crisis*, Aranzadi, Pamplona, 2012, pp. 512-513.

disponiendo una presunción *iuris tantum* de posterioridad de las obligaciones, salvo prueba en contrario de los administradores⁷⁶⁶.

El artículo 367 LSC recoge los derogados artículos 262.5 LSA y 105.5 LSRL con idéntica redacción, con la salvedad del final del primer párrafo. Así, a diferencia de lo dispuesto en las normas derogadas, donde se establecía «(...) o desde el día de la junta, cuando el acuerdo hubiera sido contrario a la disolución o al concurso», el artículo 367.1 LSC elimina la mención final al procedimiento concursal.

3.2. Función y naturaleza de la responsabilidad de los administradores por las obligaciones sociales

La primera de las cuestiones a abordar en relación con el precepto que ahora se estudia es la de su función. Sin embargo, en este ámbito, poco podemos aportar a lo que ya ha establecido nuestra mejor doctrina: «La imposición a los administradores de la responsabilidad solidaria por las obligaciones sociales es una medida de política legislativa tendente a conseguir que, en presencia de una causa legítima para la disolución –y, en particular, de la existencia de pérdidas cualificadas (...)-, la sociedad se disuelva efectivamente»⁷⁶⁷. Así, se puede apreciar que la responsabilidad establecida en el artículo 367 LSC desempeña una función que se puede denominar de «presión disolutiva», obligando a la sociedad a disolverse ante la presencia de determinadas circunstancias –las causas disolutivas para las que opera- que el legislador consideran intolerables, al menos que adopte medidas alternativas que permitan la remoción de la causa de disolución y, en consecuencia, la desaparición del deber de disolver. Además, en el específico caso de la concurrencia de pérdidas cualificadas, cumple una función preconcursal o de alarma de la existencia de crisis⁷⁶⁸, por tanto, una «*función preventiva*, apoyada en la consideración del *capital social* como cifra de garantía de los acreedores sociales»⁷⁶⁹.

⁷⁶⁶ Tanto el art. 262.5 p. 2 LSA como el art. 105.5 p. 2 LSRL establecen: «En estos casos las obligaciones sociales reclamadas se presumirán de fecha posterior al acaecimiento de la causa legal de disolución de la sociedad, salvo que los administradores acrediten que son de fecha anterior».

⁷⁶⁷ Por todos, BELTRÁN SÁNCHEZ, E., «Pérdidas...», *cit.*, p. 479.

⁷⁶⁸ Entre otros, BELTRÁN SÁNCHEZ, E., «Pérdidas...», *cit.*, p. 484; ESTEBAN VELASCO, G., «Algunas reflexiones...», *cit.*, p. 68; PAREDES SERRANO, C., «Pérdidas...», *cit.*, pp. 2019.

⁷⁶⁹ ROJO FERNÁNDEZ-RÍO, A., «Los deberes legales...», *cit.*, p. 1448; BELTRÁN SÁNCHEZ, E., «La responsabilidad...», *cit.*, p. 256.

En definitiva, el legislador, para incentivar la disolución –o, alternativamente, el concurso, si resultara legalmente procedente- establece la responsabilidad por las obligaciones sociales posteriores al acaecimiento de la causa de disolución como consecuencia legal anudada al incumplimiento de los deberes de promoción del proceso disolutorio⁷⁷⁰.

Sentado lo anterior, resulta necesario detenerse (más bien, recordar) el debate sobre la naturaleza de esta responsabilidad, concretamente, si se trata de una responsabilidad de contenido indemnizatorio o si, por el contrario, la norma actualmente dispuesta en el artículo 367, no tiene por finalidad resarcir un daño, sino establecer una suerte de sanción. La cuestión tiene una importancia práctica notable, ya que la defensa de la tesis indemnizatoria exige la concurrencia de todos los elementos propios de la responsabilidad por daños. Particularmente difícil resulta la apreciación de la relación de causalidad entre el incumplimiento de los deberes de promoción de la disolución y el incumplimiento de obligaciones que vinculan a la sociedad con terceros, o, en un sentido amplio, el vínculo entre la responsabilidad y el mantenimiento del principio de correspondencia entre patrimonio y capital⁷⁷¹.

En la actualidad, de manera mayoritaria, doctrina⁷⁷² (resulta menos nítida la posición de la jurisprudencia⁷⁷³), considera que la responsabilidad *ex* artículo 367 LSC tiene naturaleza sancionatoria, y no indemnizatoria, tesis que se nutre, principalmente, de los siguientes argumentos. En primer lugar, de la propia norma en su configuración

⁷⁷⁰ Recuerda ESTEBAN VELASCO, G., «Algunas reflexiones...», *cit.*, p. 68, que «la responsabilidad de los administradores se deriva del incumplimiento de unos deberes específicos».

⁷⁷¹ Como correctamente ha sido destacado, lo relevante es «si nos encontramos ante un supuesto de responsabilidad por daños y (...) [si dicha] responsabilidad se vincula al mantenimiento del principio de *correspondencia entre capital y patrimonio*» (BELTRÁN SÁNCHEZ, E., «Pérdidas...», *cit.*, p. 482).

⁷⁷² Ya en vigor la LSC, por ejemplo, BELTRÁN SÁNCHEZ, E., «La responsabilidad...», *cit.*, pp. 274-284; BATALLER, J., «Comentario al artículo 367», *cit.*, p. 2575; RODRÍGUEZ RUIZ DE VILLA, D./HUERTA VIESCA, M^a. I., *op. cit.*, p. 602. Contra, CERDÁ ALBERO, F., *Administradores, insolvencia y disolución por pérdidas*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, pp. 136 ss.

⁷⁷³ Para un completo resumen de la evolución de la posición de nuestro Tribunal Supremo al respecto, *vid.*, BELTRÁN SÁNCHEZ, E., «La responsabilidad...», *cit.*, pp. 276-278.

Es de destacar la evolución que parece estar sufriendo la posición del TS, que se puede, por ejemplo, observar en la STS nº 267/2014, de 10 de julio, en cuyo fundamento de derecho tercero, se manifiesta: «la jurisprudencia ha sufrido una evolución, pasando de entender que tal responsabilidad suponía una suerte de "pena civil" a entender que se fundamentaba en un "hecho objetivo" (no convocar) lo que suponía una responsabilidad objetiva o cuasiobjetiva". Esta es la más reciente y uniforme Jurisprudencia de esta Sala. Es una responsabilidad por deuda ajena "ex lege" que no tiene naturaleza de "sanción" o "pena civil", como señalan las STS 1063/2012, de 7 de marzo, de 14 de mayo de 2007, 13 de abril de 2012, 26 de noviembre de 2011, 30 de junio de 2010, 10 de noviembre de 2010, entre otras».

originaria. Sin redundar en lo ya expuesto, la responsabilidad por las obligaciones *anteriores* a la concurrencia de la causa de disolución de ninguna de las maneras podría considerarse indemnizatoria, ante la total ausencia de nexo causal⁷⁷⁴.

En segundo lugar, la idea de sanción tiene mejor encaje en el sistema de alarma de la situación de crisis del que esta norma forma parte. Si se considera que la responsabilidad por las obligaciones sociales tiene la finalidad de motivar el cumplimiento de determinados deberes y, en la medida de lo posible, evitar una futura insolvencia societaria, parece claro que el legislador no está estableciendo una responsabilidad vinculada a la producción de un daño determinado, sino incentivando el cumplimiento de determinadas normas mediante la amenaza de la imposición de una sanción derivada de su incumplimiento. Por el contrario, si se tratara de una norma de responsabilidad por daños habría que vincular el incumplimiento al daño causado, lo que restringiría la operatividad de la norma⁷⁷⁵.

En tercer lugar, se ha argumentado que la norma sería innecesaria si fuera indemnizatoria, ante la existencia del régimen de responsabilidad por daños de los administradores sociales que se concreta en las acciones social e individual de responsabilidad⁷⁷⁶, siendo posible la acumulación de estas acciones –de concurrir los elementos de todas ellas- con la acción de responsabilidad *ex* artículo 367 LSC⁷⁷⁷.

Ahora bien, resulta crucial evitar confusiones derivadas de la identificación automática de una responsabilidad de carácter sancionatorio con una responsabilidad objetiva. La responsabilidad objetiva es responsabilidad civil, aunque el criterio de imputación subjetiva no sea el dolo o la culpa/negligencia, sino otros distintos y variados, entre los que se encuentra el riesgo derivado de la actividad desempeñada⁷⁷⁸. En este sentido,

⁷⁷⁴ Ahora bien, este argumento decae tras la revisión de la norma y restricción de ámbito objetivo a las obligaciones *posteriores*.

⁷⁷⁵ BELTRÁN SÁNCHEZ, E., *La disolución...*, cit., p. 150; PAREDES SERRANO, C., «Pérdidas...», cit., pp. 2020-2021.

⁷⁷⁶ BELTRÁN SÁNCHEZ, E., «Pérdidas...», cit., p. 482.

⁷⁷⁷ Sobre la coordinación de esta acción con las de responsabilidad por daños, con interesantes referencias jurisprudenciales, *vid.*, BELTRÁN SÁNCHEZ, E., «La responsabilidad...», cit., pp. 279-280.

⁷⁷⁸ Consideramos oportuno reproducir, por su claridad, las palabras de YZQUIERDO TOLSADA, M., «Responsabilidad extracontractual» (voz), en BELTRÁN, E./GARCÍA-CRUCES, J.A. (dirs.), *Enciclopedia de Derecho Concursal*, T. II, Aranzadi, Pamplona, 2012, pp. 2677-2678: «Una vez decidido que determinada acción u omisión se encuentra conectada causalmente con un determinado daño, y una vez decidido también que esa conexión no solamente tiene lugar en el terreno físico sino también en el jurídico (imputación objetiva: selección de consecuencias que pueden ser puestas a cargo del autor), resta por hacer una tercera operación: decidir si existe una razón suficiente para atribuir la responsabilidad.

resultan clarificadoras las palabras del prof. ESTEBAN VELASCO, cuando, al caracterizarla como responsabilidad-sanción en garantía de deuda ajena que nace por el incumplimiento objetivo de un deber a título de dolo o culpa, manifiesta: «hay que advertir que no se establece una responsabilidad objetiva, en el sentido de prescindir de la culpabilidad del agente en la producción del daño, sino que el legislador establece un supuesto de responsabilidad fuera del marco de la responsabilidad por daños, como supuesto de responsabilidad *ex lege*, cuyo contenido sancionatorio se dirige a satisfacer el interés del acreedor en obtener la prestación que en principio tiene frente al deudor, que es la sociedad. La responsabilidad deriva de una infracción objetiva (de la regla de conducta impuesta) que sólo se actúa cuando sea imputable al agente (los administradores) por haber incurrido en negligencia. Eso es así porque no existe una fórmula de imputación distinta de la general para los administradores (...). Los administradores podrán exonerarse probando que no les es imputable culpa alguna, teniendo en cuenta la estructura del órgano y las circunstancias del caso»⁷⁷⁹.

En consecuencia, debe entenderse que el cumplimiento tardío sólo generará responsabilidad cuando la tardanza sea imputable al administrador⁷⁸⁰. Ahora bien, es

Aquí ya no hablamos de qué se responde, sino de por qué se responde. Las respuestas, al margen de las opciones que tome cada legislador, pueden ser teóricamente variadísimas: “responde A porque su comportamiento fue intencionado”, o “porque su conducta ha sido negligente”, nos dirán los modelos de la responsabilidad subjetiva, cuyos partidarios sólo encuentran razonable que el hombre responda porque existió en la conducta dañosa algo de reprochable, de manera que la víctima solo encontrará el resarcimiento si existe ese reproche culpabilístico en la conducta del agresor. Los sistemas de responsabilidad objetiva o sin culpa ofrecen un amplio abanico de respuestas: “debe responder A porque, aunque no haya reproche alguno que hacer a su conducta, el daño se ha producido en un círculo de actividad arriesgada que, además, le viene produciendo un lucro o beneficio”; o “porque es el padre del menor que causó el daño, y la patria potestad es razón suficiente para responder” o “sencillamente, porque es más equitativo y justo que cargue A con las consecuencias, antes de que éstas sean puestas a cargo del perjudicado”».

⁷⁷⁹ ESTEBAN VELASCO, G., «Algunas reflexiones...», *cit.*, p. 72. En igual sentido, BELTRÁN SÁNCHEZ, E., «La responsabilidad...», *cit.*, pp. 282; ROJO FERNÁNDEZ-RÍO, A., «Los deberes legales...», *cit.*, p. 1440; BATALLER, J., «Comentario al artículo 367», *cit.*, p. 2575; RODRÍGUEZ RUIZ DE VILLA, D./HUERTA VIESCA, M^a. I., *op. cit.*, p. 616.

⁷⁸⁰ Sin embargo, BELTRÁN SÁNCHEZ, E., «La responsabilidad...», *cit.*, p. 273, quien considera que «[e]s irrelevante la importancia del retraso –unos pocos días o varios meses o años (...); y es igualmente irrelevante la causa de ese retraso (v. gr. disensiones entre los administradores acerca de la aplicación de determinados criterios contables; problemas con el auditor; convocatoria tardía de la junta para acordar la disolución tras el fracaso de una operación de aumento autorizado del capital social, etc.)». Aunque, posteriormente, sostiene (p. 289): «El hecho de que no se trate de una responsabilidad objetiva, sino de una sanción derivada del incumplimiento de deberes legales específicos, hace que no puedan ser sancionados aquellos administradores que prueben que no les es imputable el incumplimiento. En particular, quedarán exentos de responsabilidad quienes hicieran todo lo conveniente para evitar el incumplimiento de los deberes impuestos para propiciar la disolución o el concurso y quienes se opusieran expresamente al acuerdo del órgano de no convocar la junta para la disolución o de no solicitar la disolución judicial o el concurso de acreedores».

necesario ser extremadamente riguroso en cuanto a la *inimputabilidad* de la tardanza. La mera dificultad a la hora de cumplir no será suficiente, siempre y cuando se hubiera podido cumplir de haber hecho todo lo razonablemente posible y se cumpla, aunque extemporáneamente, a la mayor brevedad posible⁷⁸¹.

En conclusión, la Ley establece una «*consecuencia específica por el incumplimiento de un deber igualmente específico*»⁷⁸²: la responsabilidad (*garantía legal*) solidaria por las obligaciones de la sociedad cuando se incumplan específicos deberes que nacen con la aparición de la causa de disolución⁷⁸³.

3.3. Cuestiones en torno al ejercicio de la acción

Una vez definida la función y naturaleza de la responsabilidad de los administradores por las obligaciones sociales conviene detenerse en la problemática que plantea el ejercicio de la acción.

Es preciso comenzar por recordar que dado que la Ley dispone una *sanción específica derivada del incumplimiento de un deber específico*, todas las dificultades que existan en relación con la determinación de los plazos de que el obligado dispone para el cumplimiento del deber se proyectarán a la hora de determinar si ha nacido o no el derecho a la exigencia de responsabilidad⁷⁸⁴.

En segundo lugar, no es necesario que la sociedad sea insolvente para que nazca la responsabilidad ahora estudiada. Todo lo contrario. La función como *alarma preconcursal* del sistema, que busca, precisamente, adelantar en la medida de lo posible el desempeño por parte de los administradores de una gestión legalmente adecuada de la

⁷⁸¹ Cfr. art. 1105 CC.

⁷⁸² BELTRÁN SÁNCHEZ, E., «La responsabilidad...», *cit.*, p. 275.

⁷⁸³ BELTRÁN SÁNCHEZ, E., «Pérdidas...», *cit.*, p. 483 («Se trata de una responsabilidad “ex lege”: a la responsabilidad del deudor viene a sumarse la de los administradores. La sanción legal no consiste, pues, en que los administradores respondan por los daños causados, sino en hacerles “ex lege” solidariamente responsables de las obligaciones sociales por el simple hecho de no convocar la junta general»); ESTEBAN VELASCO, G., «Algunas reflexiones...», *cit.*, p. 71, («[e]x lege se configura un sistema de responsabilidad-garantía que obliga al administrador a soportar las consecuencias de la no satisfacción de las obligaciones sociales»).

⁷⁸⁴ Deteniéndose en la cuestión, ya analizada, de los plazos desde la óptica de la responsabilidad, BATALLER, J., «Comentario al artículo 367», *cit.*, p. 2574.

crisis disolutoria –ya sea disolviendo, ya sea eliminando la causa de disolución- se vería perjudicada si dependiera de la insolvencia de la sociedad⁷⁸⁵.

Ahora bien, la falta de identidad entre el incumplimiento a que hace referencia la norma del 367 y la insolvencia societaria, no exime de la necesaria existencia un incumplimiento por parte de la sociedad para que nazca el derecho al ejercicio de la acción, lo que no quiere decir que la acción sea subsidiaria de la principal que tiene el tercero frente a la sociedad. En principio, no parece que sea necesaria la existencia de una ejecución infructuosa de los bienes de la sociedad, en el sentido tradicional de una responsabilidad subsidiaria. Eso sí, es necesario que se haya realizado algún tipo de incumplimiento⁷⁸⁶.

En tercer lugar, el carácter solidario de este régimen de responsabilidad implica, por una parte, que los miembros del órgano de administración responden entre sí de manera solidaria⁷⁸⁷, con las consecuencias que de ello se derivan (posibilidad de accionar contra cualquiera de los miembros, interposición de sucesivas demandas hasta alcanzar la cobertura de la deuda, acción de regreso del administrador que responde frente a los demás administradores por el valor de la cuota)⁷⁸⁸.

Además, la solidaridad también se extiende a la relación existente entre la sociedad y los administradores –conclusión que debe extraerse teniendo en cuenta el carácter de garantía legal de la responsabilidad por las obligaciones sociales⁷⁸⁹-, por lo que debe entenderse que la acción que se deriva del artículo 367 LSC no es subsidiaria de la principal de que dispone el acreedor de la sociedad⁷⁹⁰. El acreedor puede, por tanto, exigir a la sociedad la responsabilidad derivada de la relación obligacional que le vincule con ésta y/o ejercitar la acción de responsabilidad frente a los administradores.

⁷⁸⁵ Expresamente, BELTRÁN SÁNCHEZ, E., «Pérdidas...», *cit.*, p. 485: «La imposición de responsabilidad a los administradores no es una consecuencia de la insolvencia –y mucho menos del impago de una obligación social-, sino una *medida preventiva* de esa insolvencia».

⁷⁸⁶ ESTEBAN VELASCO, G., «Algunas reflexiones...», *cit.*, p. 71.

⁷⁸⁷ La responsabilidad ahora analizada se aplica a los administradores en el ejercicio de su cargo, no a directores generales ni apoderados. Así, ESTEBAN VELASCO, G., «Algunas reflexiones...», *cit.*, p. 74.

⁷⁸⁸ Entre otros, BATALLER, J., «Comentario al artículo 367», *cit.*, p. 2576. Cfr. arts. 1137-1148 CC.

⁷⁸⁹ BELTRÁN SÁNCHEZ, E., «Pérdidas...», *cit.*, pp. 483-484, sostiene: «La técnica utilizada para la sanción es la de la *responsabilidad solidaria*, muy frecuente en el ámbito mercantil bajo la forma de *garantía legal* (solidaridad cambiaria, solidaridad de los transmitentes de acciones parcialmente liberadas, etc). Por consiguiente, el acreedor social podrá, a su elección, dirigir la acción contra la sociedad y/o contra los administradores».

⁷⁹⁰ Contra, SUÁREZ-LLANOS GÓMEZ, L., «La responsabilidad por deudas...», *cit.*, pp. 2506-2507, CERDÁ ALBERO, F., *op. cit.*, pp. 138-140.

El pago por la sociedad extingue la obligación con efectos externos y la responsabilidad de los administradores. Por su parte, el pago realizado por cualquiera de los administradores extingue la obligación existente entre la sociedad y el tercero y genera a favor del administrador o de los administradores que hayan respondido una acción de regreso por el valor de la cuota hacia los demás administradores⁷⁹¹ y hacia la sociedad por como obligada principal⁷⁹².

En cuanto a los mecanismos de exoneración de que dispone el administrador, en tanto la responsabilidad se deriva del incumplimiento negligente de un deber que pesa *sobre el órgano de administración*, es necesario preguntarse cómo debe comportarse el administrador *individualmente* para exonerarse ante el incumplimiento del órgano; exoneración individual que entendemos ha de considerarse admisible, teniendo en cuenta, como se ha recordado, la atribución del cumplimiento del deber al órgano en su conjunto⁷⁹³.

Asimismo, nos adherimos a la doctrina que entiende de aplicación a la especial responsabilidad por las obligaciones sociales los mecanismos exoneratorios que la LSC dispone al regular el régimen general de responsabilidad por daños⁷⁹⁴ (cfr. art. 237

⁷⁹¹ Entiende QUIJANO GONZÁLEZ, J., «La responsabilidad de los administradores por la no disolución...», *cit.*, p. 76, que en vía de regreso «podrá hacerse una valoración más “personalizada” de la contribución específica de cada administrador al incumplimiento de la obligación de procurar la disolución, de forma que el montante satisfecho a los acreedores se reparta entre los administradores con este criterio, pero, si tal distribución no fuera posible porque tampoco lo es la determinación de una participación desigual en la sanción, se impondrá una división por cuotas iguales de la cantidad de deuda asumida».

⁷⁹² BELTRÁN SÁNCHEZ, E., «Pérdidas...», *cit.*, p. 484; ESTEBAN VELASCO, G., «Algunas reflexiones...», *cit.*, pp. 74-75; BATALLER, J., «Comentario al artículo 367», *cit.*, p. 2576. Contra, RODRÍGUEZ RUIZ DE VILLA, D./HUERTA VIESCA, M^a. I., *op. cit.*, pp. 624-625 («la solidaridad concurre no sólo entre los administradores entre sí sino también respecto de la propia sociedad, y que ello excluye toda posibilidad de repetición de los administradores contra la sociedad, ya que los administradores son como fiadores pero no son fiadores; son sancionados civilmente por una conducta que se considera punible, de modo que si les reconocemos acción de repetición como responsables solidarios y fiadores en sentido estricto (...) estamos contrariando la razón de ser del precepto, la sanción»).

⁷⁹³ Como bien explica QUIJANO GONZÁLEZ, J., «La responsabilidad de los administradores por la no disolución...», *cit.*, p. 75: «lo que configura la ley es una responsabilidad por incumplimiento de obligaciones que, en consecuencia, alcanza sólo a los “administradores que las incumplan”. Se introduce así un elemento de imputabilidad (administradores incumplidores son sólo aquellos a quienes sea imputable el incumplimiento) que abre un margen de exoneración individual de la responsabilidad. A estos efectos, la cláusula general de exoneración prevista en el artículo 133, dentro del contexto del régimen general de responsabilidad por daño, debe ser aplicable aquí». En consecuencia, *ibídem*, p. 81: «si algún administrador individual está en condiciones de probar que el incumplimiento no le es imputable (...) quedará exonerado de la responsabilidad solidaria en la medida en que ha destruido en su favor la presunción de imputación del incumplimiento que invertía la carga de la prueba».

⁷⁹⁴ Por todos, QUIJANO GONZÁLEZ, J., «La responsabilidad de los administradores por la no disolución...», *cit.*, pp. 81-82 [«la exoneración se conecta a la forma de exigir la responsabilidad (o sea, a la solidaridad) y no tanto a la naturaleza (indemnizatoria o sancionatoria) de tal responsabilidad»]. Contra, SUÁREZ-LLANOS GÓMEZ, L., «La responsabilidad por deudas...», *cit.*, p. 2507 [quien, sin

LSC). Los mecanismos exoneratorios dispuestos en el artículo 237 no son sino concreciones de la ausencia de título de imputación subjetiva *individual* diseñadas ante las particularidades que presenta el órgano de administración de las sociedades de capital. El artículo 237 simplemente expresa cómo debe comportarse, en el caso peculiar de la existencia de un órgano *pluripersonal* al que se atribuye la gestión, un miembro de dicho órgano para que deba ser excluido del ámbito de imputación subjetiva de los comportamientos antijurídicos y dañosos sí imputables *al órgano*. Por tanto, nada impide, desde nuestro punto de vista, la aplicación de esta norma al supuesto del artículo 367 LSC.

Sentado lo anterior, es preciso determinar cuáles son los comportamientos concretos que en este específico supuesto permiten la exoneración del administrador. Comenzando por el deber de convocatoria de la Junta, en tanto deber orgánico, de tratarse de un órgano colegiado, debe entenderse que será necesaria, para dar cumplimiento al deber, la existencia de un acuerdo del órgano de administración⁷⁹⁵. Por tanto, en este estadio, si la estructura organizativa elegida es la de Consejo de Administración, el consejero se comporta conforme a las exigencias del deber si solicita al Presidente la convocatoria del Consejo o lo convoca, de tener representación suficiente en el mismo (cfr. art. 246 LSC), proponiendo al órgano la convocatoria de la Junta⁷⁹⁶ o, de resultar procedente en los términos anteriormente expresados, la solicitud de concurso; propuesta que, evidentemente, tendrá que ir acompañada del voto a favor del consejero en tal sentido en la fase de adopción del acuerdo⁷⁹⁷.

embargo, parece sustentarlo en una ausencia de aplicación práctica: «Como la razón del desconocimiento no tenga fuertes apoyaturas para ser aceptada (...), las excusas absolutorias no van a poder ser utilizadas porque no se puede olvidar que la Ley ha puesto en manos de cada administrador individualmente considerado, el mecanismo para solicitar la disolución judicial (...)»]; SACRISTÁN BERGIA, F., «La naturaleza de la responsabilidad de los administradores por no promoción de la disolución (SAP Zaragoza 8 julio 1995)», *RdS*, 6/1996, p. 274; GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ, J.A., «La responsabilidad de los administradores por no promoción o remoción de la disolución de la sociedad: consideraciones en torno al debate jurisprudencial», en GALÁN CORONA (E.)/GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ, J.A. (coords.), *La responsabilidad de los administradores de las sociedades de capital. Aspectos civiles, penales y fiscales*, Tecnos, Madrid, 1999, pp. 84-86.

⁷⁹⁵ Por todos, ROJO FERNÁNDEZ-RÍO, A., «Los deberes legales...», *cit.*, p. 1471; BELTRÁN SÁNCHEZ, E., «La responsabilidad...», *cit.*, p. 270.

⁷⁹⁶ Ampliamente, QUIJANO GONZÁLEZ, J., «La responsabilidad de los administradores por la no disolución...», *cit.*, pp. 82-83.

⁷⁹⁷ Como entiende BATALLER, J., «Comentario al artículo 367», *cit.*, p. 2577: «no responderán aquellos administradores que prueben que no les es imputable el incumplimiento. En particular, quedan exentos de esta responsabilidad los administradores que hayan hecho todo lo conveniente para cumplir con el deber y aquellos que se opusieran expresamente al acuerdo del órgano de no convocar junta general para la disolución o de no solicitar la disolución judicial o el concurso de acreedores».

De no adoptarse acuerdo de convocatoria, no convocarse o no celebrarse la Junta o si la misma no adopta acuerdo de disolución o remoción de la causa, es decir, si no se alcanza ninguna de las soluciones que la Ley prevé ante la concurrencia de la causa de disolución, pesa sobre el *órgano de administración* el deber de solicitar la disolución judicial de la sociedad o, si en este estadio ya resultara procedente en los términos previstos, la solicitud de concurso⁷⁹⁸. De no producirse el cumplimiento de este deber *subsidiario y orgánico* por parte del Consejo, debe admitirse que sea el administrador individualmente considerado (de la misma manera que la Ley permite la solicitud a cualquier interesado, cfr. art. 366.1 LSC) quien solicite la disolución judicial de la sociedad, como medio para dar cumplimiento al deber, evitando, así, la posible responsabilidad por obligaciones sociales⁷⁹⁹. En este ámbito, aunque, estrictamente, la ejecución del deber se incumpla por parte del órgano, debe entenderse que la solicitud de disolución judicial por parte de cualquier otro interesado excluye la procedencia de la responsabilidad *ex* artículo 367 LSC⁸⁰⁰, ante la inexistencia del supuesto de hecho generador de la misma, siempre, claro está, que esta solicitud se realice dentro del plazo legalmente establecido a tal fin. De no ser así, los administradores responderán por las

⁷⁹⁸ Teniendo en cuenta que no se admite la solicitud de concurso por un administrador sin acuerdo del Consejo, ante la negativa del órgano de administración a solicitar la disolución judicial o el concurso, el administrador individualmente considerado tendría, necesariamente, que solicitar la disolución judicial para salvar su responsabilidad. En cualquier caso, sobre la cuestión del órgano legitimado para la solicitud del concurso se volverá más adelante.

⁷⁹⁹ Cfr. QUIJANO GONZÁLEZ, J., «La responsabilidad de los administradores por la no disolución...», *cit.*, p. 84.

⁸⁰⁰ BELTRÁN SÁNCHEZ, E., «La responsabilidad...», *cit.*, p. 272 («El hecho de que un interesado solicite la disolución judicial de la sociedad exime a los administradores del deber de solicitar dicha disolución y, en consecuencia, los exonera de responsabilidad»). En este sentido, también, ESTEBAN VELASCO, G., «Algunas reflexiones...», *cit.*, p. 70 [«Si en el plazo legal se ejerce por cualquier interesado la acción de disolución judicial (...), entendemos que no se desencadena la responsabilidad del 262.5 LSA para los administradores que no hayan incurrido en la infracción del deber de convocar»]. Contra, ROJO FERNÁNDEZ-RÍO, A., «Los deberes legales...», *cit.*, p. 1472 («El ejercicio de este derecho [individual del administrador a solicitar la disolución judicial] impide que los acreedores sociales puedan exigir responsabilidad al administrador solicitante de esa declaración judicial; pero no impide que dichos acreedores exijan responsabilidad a los demás integrantes del órgano de administración que no hubieran ejercitado ese derecho. Si el órgano no cumple este deber subsidiario, los miembros de ese órgano responden de las deudas de la sociedad, salvo aquellos que, ante esta situación de incumplimiento orgánico, hubieran ejercitado oportunamente el derecho que, en cuanto interesados, a cada uno de ellos corresponde»). *Ibidem*, p. 1472, nota 63 («el hecho de que un “interesado” hubiera solicitado la disolución judicial de la sociedad no exime a los administradores de solicitar igualmente dicha disolución»).

obligaciones sociales generadas desde el acaecimiento de la causa hasta la solicitud por interesado de la disolución judicial⁸⁰¹.

Por otra parte, el artículo 367.2 LSC dispone que «las obligaciones sociales reclamadas se presumirán de fecha posterior al acaecimiento de la causa legal de disolución de la sociedad, salvo que los administradores acrediten que son de fecha anterior», disposición que la doctrina de manera mayoritaria⁸⁰² entiende que se traduce en la imposición al administrador de la carga de la prueba de la no concurrencia de la causa de disolución en el momento de la generación de la obligación⁸⁰³.

Ahora bien, cuestión distinta de la prueba de la no concurrencia de la causa de disolución (aunque pueda tener idénticos resultados exoneratorios) es la de *la prueba del desconocimiento no culpable de la efectiva concurrencia de la causa de disolución*. Como ya se expuso cuando se abordó la cuestión del cómputo del plazo para el cumplimiento de los deberes disolutorios, la responsabilidad *ex* artículo 367 LSC nace ante el incumplimiento de los deberes legalmente determinados en el plazo legalmente establecido; plazo cuyo cómputo se inicia en el momento en que el administrador conociera o no pudiera desconocer, desplegando la diligencia debida, la concurrencia de la causa disolutoria. En consecuencia, antes de determinar si las obligaciones son anteriores o posteriores al acaecimiento de la causa de disolución, hay que determinar si los deberes se incumplieron, para lo cual es necesario determinar cuándo se inicia el cómputo del plazo. Si recurrimos a la lógica presumiblemente pretendida por el legislador al establecer la disposición del artículo 367.2 (la dificultad de determinar la fecha de concurrencia de la causa disolutoria)⁸⁰⁴, deberíamos entender que también

⁸⁰¹ También sobre la aplicación de las causas de exoneración *ex* art. 237 LSC al supuesto del incumplimiento del deber de solicitud de disolución judicial, QUIJANO GONZÁLEZ, J., «La responsabilidad de los administradores por la no disolución...», *cit.*, pp. 84-85.

⁸⁰² Por todos, BELTRÁN SÁNCHEZ, E., «La responsabilidad...», *cit.*, pp. 259, 284-285.

⁸⁰³ En palabras de MARÍN DE LA BÁRCENA GARCIMARTÍN, F., «Responsabilidad de los administradores de sociedades de capital por no promoción de la disolución o el concurso (sobre la retroactividad de la reforma de los arts. 262.5 LSA; 105.5 LSRL) (STS 1ª 9 de enero de 2006)», en *Derecho de sociedades I: Comentarios a la jurisprudencia*, RODRÍGUEZ ARTIGAS, F. (dir.), vol. II, Aranzadi-Thomson Reuters, Navarra, 2010, pp. 2148-2149, (el lector interesado podrá encontrar la primera edición del trabajo también en *RdS*, 26/2006, pp. 455-473): «en virtud de la presunción, se considerará que la sociedad estaba ya incurso en causa de disolución cuando surgió la deuda reclamada por el demandante (...) a menos que los administradores prueben que dicha deuda ya existía en el momento concreto en el tiempo en que la sociedad incurrió en causa de disolución».

⁸⁰⁴ Cfr. BELTRÁN SÁNCHEZ, E., «La responsabilidad...», *cit.*, p. 284.

corresponderá al administrador la prueba del desconocimiento no culpable del acaecimiento de la causa disolutoria⁸⁰⁵.

En definitiva, no hay que confundir la *prueba de la no concurrencia de la causa disolutoria* (que se proyecta en el contenido objetivo de la responsabilidad) de la *prueba del desconocimiento no culpable de la efectiva concurrencia de la causa*. Además, recordar que el deber de convocar nace cuando los administradores *debieran haber conocido*. Sin embargo, en el supuesto de incumplimiento del deber de convocatoria, responden por las obligaciones posteriores *al acaecimiento* de la causa legal de disolución, posterioridad que, además, la Ley presume. Por tanto, no enervada la presunción de la exigibilidad del conocimiento y subsiguiente incumplimiento del deber de convocatoria en el plazo legalmente establecido, las obligaciones de que serán responsables los administradores, serán las posteriores al acaecimiento de la causa de disolución, que podrán ser anteriores al momento de la exigibilidad de conocimiento (o desconocimiento culpable).

Por otra parte, la modificación normativa que limitó la responsabilidad a las obligaciones *posteriores* a la concurrencia de la causa de disolución, restó, ciertamente, complejidad a la determinación del contenido objetivo de la responsabilidad por obligaciones sociales. Sin embargo, permanece la cuestión de la determinación del término «obligación», que influye en el alcance objetivo de la responsabilidad (especialmente, como ha destacado la doctrina, en relación con relaciones obligatorias continuadas o duraderas), dependiendo de si se interpreta que el legislador usó el término «en un sentido técnico jurídico y con la pretensión de extender la responsabilidad exclusivamente a las obligaciones constituidas *ex novo* a partir de ese momento (“nuevas obligaciones”) o en un sentido vulgar equiparable al de “deuda”». Convenimos con la tesis que entiende que el término «obligación» ha de interpretarse en un sentido vulgar, como sinónimo de deuda, y no en un sentido técnico-jurídico; interpretación, ésta, más respetuosa con la vocación de la norma de responsabilidad de

⁸⁰⁵ Según ESTEBAN VELASCO, G., «Algunas reflexiones...», *cit.*, pp. 72-73: «Los administradores podrán exonerarse probando que no les es imputable culpa alguna, teniendo en cuenta las circunstancias del órgano y las circunstancias del caso. A este respecto (...) dada la complejidad del sistema de control los administradores pueden estar en condiciones de probar que han ignorado de forma inculpable durante el curso del ejercicio la existencia de pérdidas cualificadas, pero no podrán probar la falta de culpabilidad después de la redacción del proyecto de balance anual».

mecanismo incentivador del cumplimiento de los deberes disolutorios en un contexto de crisis⁸⁰⁶.

Una de las últimas cuestiones a tratar en relación con el ejercicio de la acción es la de las legitimaciones activa y pasiva. Comenzando por la primera, debe entenderse que sólo los acreedores sociales se encuentran legitimados para el ejercicio de la acción, ya que nada en la Ley conduce a pensar que sea una acción de que disponen ni los socios, ni la propia sociedad⁸⁰⁷. Por otra parte, es necesario tener en cuenta que, de iniciarse el concurso de la sociedad, no se admitirán a trámite acciones de responsabilidad por las obligaciones sociales hasta la conclusión del mismo y quedarán en suspenso las que se hubieran iniciado⁸⁰⁸, produciéndose la consecuente interrupción de la prescripción de la acción⁸⁰⁹.

En principio, la problemática coordinación de la responsabilidad por las obligaciones sociales y la responsabilidad concursal quedó resuelta tras la reforma operada por la Ley 38/2011, al eliminar la posibilidad de ejercicio de la responsabilidad *ex* art. 367 LSC iniciado el procedimiento concursal⁸¹⁰. Así, actualmente, la LC dispone que «los jueces de lo mercantil no admitirán a trámite las demandas que se presenten desde la declaración del concurso hasta su conclusión, en las que se ejerciten acciones de reclamación de obligaciones sociales contra los administradores de las sociedades de capital concursadas que hubieran incumplido los deberes impuestos en caso de concurrencia de causa de disolución» (art. 50.2 LC). Asimismo, desde la declaración hasta la conclusión del concurso «quedarán en suspenso los procedimientos iniciados antes de la declaración de concurso en los que se hubieran ejercitado acciones de reclamación de

⁸⁰⁶ Por todos, MARÍN DE LA BÁRCENA GARCIMARTÍN, F., «Responsabilidad de los administradores...», *cit.*, pp. 2142-2148, con ulteriores referencias. Y como bien puntualiza ESTEBAN VELASCO, G., «Algunas reflexiones...», *cit.*, p. 72: «Debe advertirse que la sanción es de responsabilidad por deuda ajena y que por tanto el tercero no está legitimado, caso de que la obligación social incumplida sea de cosa determinada o una prestación de hacer, a exigir la misma prestación debida por la sociedad, sino las consecuencias derivadas de su insatisfacción».

⁸⁰⁷ BELTRÁN SÁNCHEZ, E., «La responsabilidad...», *cit.*, p. 279; BATALLER, J., «Comentario al artículo 367», *cit.*, p. 2576.

⁸⁰⁸ Cfr. arts. 50.2 y 51 bis 1 LC. Al respecto, BELTRÁN SÁNCHEZ, E., «La responsabilidad...», *cit.*, p. 292, entiende que la razón de ser de la prohibición es esencialmente práctica: «trata de coordinar el régimen de los administradores contra la sociedad concursada».

⁸⁰⁹ Cfr. art. 60.3 LC.

⁸¹⁰ BELTRÁN SÁNCHEZ, E., «De nuevo sobre la “naturaleza” de la responsabilidad concursal», *RdS*, 39/2012, p. 374 nota 12: «Como es bien sabido, en la redacción original de la Ley Concursal la descoordinación era más grave, en la medida en que se mantenía durante el concurso, a pesar de su finalidad netamente preconcursal, la peculiar responsabilidad de los administradores por deudas sociales (...). Tras la reforma de la Ley Concursal producida por la Ley 38/2011, esa interferencia no es posible porque los acreedores pierden durante el concurso la acción para reclamar el pago de deudas sociales».

Sobre la coordinación de acciones con anterioridad a la referida reforma, por todos, ALONSO UREBA, A., «La responsabilidad concursal de los administradores...», *cit.*, pp. 569-575.

obligaciones sociales contra los administradores de las sociedades de capital concursadas que hubieran incumplido los deberes impuestos en caso de concurrencia de causa de disolución» (art. 51 bis 1 LC)⁸¹¹.

En cuanto a la legitimación pasiva, la norma hace referencia únicamente a los «administradores»⁸¹², por lo que deben entenderse excluidos del ámbito subjetivo de aplicación de la responsabilidad a los apoderados generales, a diferencia de lo que sucede en el ámbito de la responsabilidad concursal⁸¹³.

En cambio, resulta dudoso si han de entenderse incluidos los administradores de hecho; y si se considera que sí, por qué el legislador no modificó la norma cuando así lo hizo en la disposición que establece los presupuestos y extensión subjetiva de la responsabilidad societaria (cfr. art. 236.3 LSC). A pesar de que los administradores de hecho no estén formalmente legitimados para el cumplimiento del deber cuyo incumplimiento genera la responsabilidad *ex* artículo 367 LSC, nos parece admisible la imputación al administrador fáctico de esta responsabilidad *siempre y cuando se pudiera probar que instruyeron a los administradores de derecho para el incumplimiento del deber*⁸¹⁴. En cualquier caso, e independientemente de la tesis que se defiende al respecto, nada impide, desde nuestro punto de vista, el ejercicio de acciones de responsabilidad societaria contra los administradores de hecho siempre y cuando se pueda probar la generación de un daño vinculado al incumplimiento de los deberes disolutorios, siempre y cuando el incumplimiento se derive de lo instruido u ordenado por el administrador de hecho⁸¹⁵.

Precisamente por la ausencia de legitimación formal para el cumplimiento del deber –y aunque la novedad de la norma haya impedido una opinión lo suficientemente meditada– nos inclinamos a pensar que, en principio, no aplica a esta responsabilidad lo dispuesto en el artículo 236.4 LSC. Si se admitiera la responsabilidad *ex* artículo 236.4

⁸¹¹ Sin embargo, la cuestión sigue planteando interesantes cuestiones, por ejemplo, en el ámbito del convenio concursal. *Vid.*, al respecto, JUSTE MENCÍA, J., «Disolución por pérdidas graves durante el cumplimiento del convenio y responsabilidad de administradores sociales», *RDCP*, 21/2014, pp. 17-26; MARÍN DE LA BÁRCENA GARCIMARTÍN, F., «Deberes de promoción de la disolución y el convenio concursal. (Comentario de la STS [1ª] de 15 de octubre de 2013)», *RDM*, 292/2014, pp. 619-628.

⁸¹² A todos ellos, con independencia de la existencia de delegaciones. Así, expresamente, BELTRÁN SÁNCHEZ, E., «La responsabilidad...», *cit.*, p. 287.

⁸¹³ Cfr. arts. 164, 172 bis 1 LC.

⁸¹⁴ Entiende BELTRÁN SÁNCHEZ, E., «La responsabilidad...», *cit.*, p. 288, suficiente que el administrador de hecho participe en la decisión de incumplir los deberes legales.

⁸¹⁵ *Vid.*, *infra*, doctrina citada en Parte Segunda, Capítulo IV.

LSC habría que otorgar al «consejero delegado de hecho» la condición de interesado a los efectos del 366.1 LSC.

En cuanto a la prescripción de la acción, nos adherimos a la tesis que entiende que, en tanto la norma no establece una prescripción propia, deberá considerarse que rige el plazo de cuatro años desde el cese en el ejercicio del cargo⁸¹⁶ establecido en el artículo 949 Cdc (además de los argumentos sistemáticos, porque «estamos en presencia de una actuación orgánica que cuenta con una norma especial en el propio Código de comercio»⁸¹⁷ siempre y cuando subsista la acción de reclamación del crédito contra la sociedad⁸¹⁸). No resulta de aplicación lo establecido en el artículo 241 bis LSC (plazo de prescripción de cuatro años a contar desde el día en que hubiera podido ejercitarse la acción), que, como expresamente dispone, se aplica a la acción social e individual.

Por último, entendemos que los administradores no responden si en el momento del *cese en el cargo* aún no se ha producido un *incumplimiento definitivo del deber* –bien sea del primario de convocatoria como del subsidiario de solicitud de disolución judicial-, es decir, mientras no haya expirado el plazo para el cumplimiento del mismo⁸¹⁹, y aún cuando exista un acuerdo del órgano de administración contrario a la

⁸¹⁶ Téngase en cuenta que el cese no inscrito es inoponible al demandante de buena fe en relación con el cómputo de la prescripción. Sobre esta cuestión, *vid.*, MARÍN DE LA BÁRCENA GARCIMARTÍN, F., *La acción individual...*, cit., pp. 240-241. Para una exhaustiva relación de jurisprudencia al respecto, *vid.* RODRÍGUEZ RUIZ DE VILLA, D./HUERTA VIESCA, M^a. I., *op. cit.*, p. 126, nota 224.

⁸¹⁷ Palabras de ESTEBAN VELASCO, G., ««La acción individual...», cit., pp. 232-233, que son también de aplicación también aquí. Considera el autor que el cese debe entenderse como «el momento en que los socios o terceros le conocieron o pudieron conocer».

⁸¹⁸ En este sentido, entre otros, DE EIZAGUIRRE BERMEJO, J.M^a., «Comentario a los artículos 261 y 262», cit., p. 86; ESTEBAN VELASCO, G., «Algunas reflexiones...», cit., p. 75; ALCOVER GARAU, G., «La responsabilidad...», cit., p. 268; BATALLER, J., «Comentario al artículo 367», cit., p. 2578; RODRÍGUEZ RUIZ DE VILLA, D./HUERTA VIESCA, M^a. I., *op. cit.*, pp. 117 ss., esp. p. 151. En contra, SUÁREZ-LLANOS GÓMEZ, L., *op. cit.*, pp. 2507-2508.

Para Beltrán SÁNCHEZ, E., «La responsabilidad...», cit., pp. 290-291 el 949 dispone un plazo de caducidad («la sanción que analizamos *prescribirá* por el transcurso del plazo establecido para el ejercicio de la acción por la sociedad (...) y *caducará* por el transcurso del plazo de cuatro años a contar desde que se produzca el cese del administrador].

Ampliamente, al respecto del debate sobre interrupción de la prescripción por reclamación extrajudicial, no privativo de la cuestión de la responsabilidad, RODRÍGUEZ RUIZ DE VILLA, D./HUERTA VIESCA, M^a. I., *op. cit.*, pp. 169 ss.

⁸¹⁹ Así, BELTRÁN SÁNCHEZ, E., «La responsabilidad...», cit., p. 288 (que refiere abundante jurisprudencia del Tribunal Supremo en este sentido), quien puntualiza: «salvo, naturalmente, que siga siendo administrador de hecho (...), y teniendo en cuenta que la carga de la prueba del cese corresponde al propio administrador (...)». El autor (*ibidem*) p. 289, destaca la relevancia de la diferencia entre cese y dimisión, y sostiene que «[t]ratándose de deberes legales, debe estimarse que los administradores han de ser sancionados si se limitan a presentar su dimisión sin convocar simultáneamente la junta o, en su caso, solicitar la disolución judicial o el concurso de acreedores».

convocatoria de la junta o a la solicitud de disolución judicial de la sociedad. Nos inclinamos en el sentido de considerar que el deber no se incumple hasta que no transcurre el plazo. La negativa del órgano a cumplir no tiene por qué ser definitiva e, incluso, la situación de pérdidas de la sociedad no tiene por qué ser irreversible de manera espontánea, lo cual haría imposible el incumplimiento del deber.

Sin embargo, resulta menos evidente si los administradores devienen responsables de las obligaciones que se generen *con posterioridad a su cese en el cargo, cuando el incumplimiento definitivo se hubiera producido antes*⁸²⁰. Entendemos que la naturaleza sancionatoria de la norma (y, por tanto, la imposición de responsabilidad por las obligaciones posteriores al cese, habiéndose ya incumplido) debe imponerse a la exención de tal responsabilidad que sólo podría fundamentarse en la idea de la pérdida de capacidad gestora que se produce tras el cese, y, por tanto, imposibilidad de impulsar un cumplimiento, aunque tardío (quien ya ha incumplido corre el riesgo del cese en mora de su cumplimiento), aunque, por otra parte, podría iniciar el procedimiento como interesado, teniendo en cuenta el riesgo de responsabilidad. En cambio, recientemente el Supremo ha manifestado que los administradores que incumplan los deberes de promoción de la disolución no serán responsables por las obligaciones que la sociedad contraiga con posterioridad a su cese en el cargo⁸²¹. Por otra parte, pesan sobre los *nuevos administradores que pueda nombrarse* los mismos deberes que sobre sus predecesores⁸²².

Por último, es posible la acumulación de la acción contra la sociedad y de la acción de responsabilidad por las obligaciones sociales. Pero, además de ésta última –que implica el incumplimiento a título de culpa de una obligación específica- es posible acumular el ejercicio de las acciones derivadas de los artículos 236 y siguientes LSC⁸²³, para el supuesto de que los administradores hayan producido dolosa o culposamente un daño (directo o indirecto) al tercero causalmente vinculado y objetivamente imputable al incumplimiento de alguno de los deberes que pesan sobre ellos y derivados del

⁸²⁰ Entendemos que en contra de tal posibilidad se posiciona ESTEBAN VELASCO, G., «Algunas reflexiones...», *cit.*, p. 74, cuando manifiesta: «La responsabilidad ilimitada y solidaria (...) se aplica a todos los administradores (...) en el ejercicio del cargo en el plazo de dos meses desde la concurrencia de la causa (...). El cese en el cargo no libera si no se produce con anterioridad a ese plazo».

⁸²¹ Cfr. STSS nº 585/2013 de catorce de octubre y nº 731/2013 de dos de diciembre.

⁸²² BELTRÁN SÁNCHEZ, E., «La responsabilidad...», *cit.*, p. 289.

⁸²³ Expresamente, BATALLER, J., «Comentario al artículo 367», *cit.*, p. 2575-2576.

cargo que ostentan⁸²⁴, siempre teniendo en cuenta que del ejercicio de diversas acciones no produzca un enriquecimiento injustificado a para el tercero.

⁸²⁴ Por todos, ESTEBAN VELASCO, G., «Algunas reflexiones...», *cit.*, p. 72.

CAPÍTULO III. DEBERES Y RESPONSABILIDAD DE ADMINISTRADORES EN LA CRISIS CONCURSAL

A. Introducción

En este capítulo, último dedicado al análisis de los deberes y responsabilidad de los administradores sociales en la crisis, se estudiará cómo resulta afectado el estándar de diligencia de los administradores sociales ante la concurrencia de la insolvencia y, especialmente, ante la inminencia de la misma; cómo esa diligencia gestora se proyecta de manera particular en el diseño legislativo concursal, imponiendo deberes específicamente destinados a determinar cuál es el comportamiento debido por los gestores en ese contexto y, por último, las consecuencias derivadas del incumplimiento de los mismos.

Como se viene haciendo a lo largo de este trabajo, comenzaremos por realizar unas breves referencias al contexto comparado, para, posteriormente, afrontar el análisis del ordenamiento español.

B. La regulación de los deberes y responsabilidad de los administradores sociales en la crisis concursal en Derecho comparado

1. Algunos ordenamientos anglosajones

Las regulaciones concursales del Reino Unido, Australia y Nueva Zelanda contienen disposiciones que permiten que los administradores sean considerados personalmente responsables por la gestión que realizan en la proximidad a la insolvencia o siendo la sociedad insolvente⁸²⁵. A continuación, nos detendremos en cada uno de los ordenamientos referidos.

⁸²⁵ OESTERLE, D.A., *op. cit.*, pp. 19-20, comenta el contraste de opiniones que, de manera general, existe sobre la pertinencia de estos institutos entre doctrina y práctica norteamericana y las arriba referidas. Mientras que, en Estados Unidos –dice– tanto doctrina como práctica considera mayoritariamente que estas normas desincentivan el interés por ocupar el cargo de administrador societario, en el ámbito ahora estudiado se ha criticado la normativa norteamericana por resultar deficiente en cuanto a la protección de acreedores.

El ordenamiento federal estadounidense no dispone de una norma que imponga específicamente responsabilidad por *wrongful trading*. Los mecanismos de protección son otros, principalmente, el expuesto en el Capítulo II, Parte Primera (*vid. supra*). Para una panorámica sobre las diferencias existentes entre los sistemas estadounidense, británico y europeo-continental, *vid.*, ARMOUR, J./HERTIG,

La especial atención que se ha intentando prestar en esta tesis no tanto al contexto de la insolvencia sino a todos los niveles de proximidad a la misma que se encuentran en la actualidad –en nuestro ordenamiento o en otros- jurídicamente definidos, exige que haya que referir algunas regulaciones que cuentan con normas que, de manera meramente genérica, podríamos denominar de *wrongful trading*. Sin embargo, su encaje sistemático en este Capítulo responde más a la vinculación que estas normas tienen con el elemento de la insolvencia que con la propia naturaleza de la responsabilidad que se deriva del incumplimiento de los deberes impuestos, que, como se apreciará, en algunos casos está más próxima, quizás, a lo que nosotros clasificamos como responsabilidad por deudas.

Además, se quiere hacer otra salvedad: resulta necesario aproximarse adecuadamente a las instituciones foráneas. Se trata de normas no ya concursales, sino preconcursales o que podríamos definir como *normas que exigen una diligencia cualificada en la proximidad a la insolvencia*. Y desde esa óptica deben ser analizadas y utilizadas como herramienta comparativa. No se trata simplemente de normas que impongan deberes a sociedades *ya insolventes* (en algunos casos, como veremos, la insolvencia aún no existe cuando resulta de aplicación la norma). Como se podrá observar, su nota principal reside en la *exigencia de pronóstico de la insolvencia*, elemento diferenciador del que, desde nuestro punto de vista, nuestra normativa concursal carece a día de hoy⁸²⁶.

G./KANDA, H., «Transactions with Creditors», en *The Anatomy of Corporate Law: A Comparative and Functional Approach*, 2nd ed., Oxford University Press, New York, 2009, pp. 134-136.

⁸²⁶ Ya apuntaba esta idea, ALONSO LEDESMA, C., «Derecho de sociedades vs. Derecho concursal...», *cit.*, p. 86.

1.1. Los deberes de los administradores en la proximidad a la insolvencia en el Reino Unido

1.1.1. *Wrongful trading*⁸²⁷

La *wrongful trading provision* (s. 214 IA) es una *statutory provision* que permite la imposición de responsabilidad personal a los administradores societarios⁸²⁸ cuando, conociendo o debiendo haber conocido que una futura liquidación por insolvencia sería

⁸²⁷ **Section 214 IA.- Wrongful trading**

(1) *Subject to subsection (3) below, if in the course of the winding up of a company it appears that subsection (2) of this section applies in relation to a person who is or has been a director of the company, the court, on the application of the liquidator, may declare that that person is to be liable to make such contribution (if any) to the company's assets as the court thinks proper.*

(2) *This subsection applies in relation to a person if—*

(a) the company has gone into insolvent liquidation,

(b) at some time before the commencement of the winding up of the company, that person knew or ought to have concluded that there was no reasonable prospect that the company would avoid going into insolvent liquidation, and

(c) that person was a director of the company at that time;

but the court shall not make a declaration under this section in any case where the time mentioned in paragraph (b) above was before 28th April 1986.

(3) *The court shall not make a declaration under this section with respect to any person if it is satisfied that after the condition specified in subsection (2)(b) was first satisfied in relation to him that person took every step with a view to minimising the potential loss to the company's creditors as (assuming him to have known that there was no reasonable prospect that the company would avoid going into insolvent liquidation) he ought to have taken.*

(4) *For the purposes of subsections (2) and (3), the facts which a director of a company ought to know or ascertain, the conclusions which he ought to reach and the steps which he ought to take are those which would be known or ascertained, or reached or taken, by a reasonably diligent person having both—*

(a) the general knowledge, skill and experience that may reasonably be expected of a person carrying out the same functions as are carried out by that director in relation to the company, and

(b) the general knowledge, skill and experience that that director has.

(5) *The reference in subsection (4) to the functions carried out in relation to a company by a director of the company includes any functions which he does not carry out but which have been entrusted to him.*

(6) *For the purposes of this section a company goes into insolvent liquidation if it goes into liquidation at a time when its assets are insufficient for the payment of its debts and other liabilities and the expenses of the winding up.*

(7) *In this section "director" includes a shadow director.*

(8) *This section is without prejudice to section 213.*

⁸²⁸ Se incluye en este caso a los *shadow directors*, como establece la s. 214 (7) IA. Para la definición de *shadow director*, *vid.*, por ejemplo, FINCH, V., *Corporate Insolvency Law...*, cit., p. 698, nota nº 114.

inevitable⁸²⁹, no realizaran toda aquella actuación que pudiera minimizar la potencial pérdida de los acreedores⁸³⁰.

La s. 214 debe su nacimiento al *Cork Committee*, siendo su finalidad principal solventar el problema de la desprotección de los acreedores no garantizados⁸³¹. Se ha defendido que esta ampliación de los deberes de los administradores se concreta en una «internalización del riesgo de las decisiones de los administradores», creando un *deber de cuidado* que pesa sobre los gestores sociales a favor de los acreedores⁸³².

Para determinar *cuándo deberían los administradores haber reconocido la situación de crisis y cuáles son las actuaciones exigibles* se utiliza el estándar del «administrador razonable» (*reasonable director*)⁸³³, no estableciendo la norma un comportamiento específico que los administradores hayan de realizar. Este será el estándar utilizado para la revisión de sus actuaciones *ex post* por un tribunal⁸³⁴.

Por último, la acción de responsabilidad sólo puede interponerse cuando la sociedad haya comenzado una liquidación por insolvencia⁸³⁵, y habrá de ser ejercitada por el liquidador. La defensa de los administradores, que soportan la carga de la prueba, consiste en demostrar que hicieron todo lo posible para minimizar las pérdidas

⁸²⁹ Por ejemplo, en *Re Produce Marketing Consortium Ltd [1989] 1 WLR 520* (primera resolución de aplicación de la norma) los administradores fueron considerados responsables desde el momento en que finalizó el plazo para cumplir tempestivamente con la obligación de depósito de cuentas. Cfr. BACHNER, T., «Wrongful Trading – A New European Model for Creditor Protection?», 5 *EBOR* (2004), pp. 303-304.

⁸³⁰ DAVIES, P., «Director's Creditor-Regarding Duties...», *cit.*, p. 316.

⁸³¹ FINCH, V., *Corporate Insolvency Law...*, *cit.*, p. 698.

⁸³² DAVIES, P., «Legal Capital...», *cit.*, pp. 350-351.

⁸³³ El estándar del *reasonable director* se concreta en la exigencia del cumplimiento de unos deberes de *care and skill* (diligencia) que no tienen en cuenta simplemente cuáles son los conocimientos, habilidades y experiencia que el administrador posee *de hecho* [s. 214 (4)(b) IA], sino también los conocimientos, capacidad y experiencia que se podría razonablemente esperar de cualquier persona ocupando el mismo cargo [s. 214 (4)(a) IA]. Por tanto, el estándar de *reasonable director* pretende configurar un mínimo objetivamente exigible a cualquier administrador. Así, FINCH, V., *Corporate Insolvency Law...*, *cit.*, p. 699.

⁸³⁴ DAVIES, P., «Director's Creditor-Regarding Duties...», *cit.*, p. 316.

⁸³⁵ Como destaca DAVIES, P., «Legal Capital...», *cit.*, p. 351, que la norma opera cuando la sociedad se considere insolvente según el *balance sheet test* [s. 214 (6) IA]. La subsección 6 remite al *balance sheet test* al establecer que «*a company goes into insolvent liquidation if it goes into liquidation at a time when its assets are insufficient for the payment of its debts and other liabilities and the expenses of the winding up*». Si la sociedad es solvente según este test pero insolvente según el *cash flow test*, la norma no operaría. Ha apuntado RILEY, C.A., *op. cit.*, p. 88, que, aunque la exigencia de acudir al *balance sheet test* limite el campo de actuación del deber, tiene como contrapartida positiva el hecho de arrojar claridad en lo relativo a las circunstancias exigidas para la aplicación del mismo.

potenciales de la sociedad [s. 214 (3) IA]⁸³⁶. La sanción impuesta al administrador que se considere responsable consistirá en la obligación de contribuir a los activos de la sociedad en la cantidad que el tribunal considere apropiada⁸³⁷, para su futura redistribución entre los acreedores en el ámbito del procedimiento concursal⁸³⁸.

Se ha argumentado que la sección sirve de contrapunto o equilibrio a los supuestos incentivos perversos de los administradores que pueden surgir en el periodo en que los activos de los socios comienzan a menguar, es decir, en la proximidad a la insolvencia; incentivos que, como ya se ha expuesto, en teoría incitan a la adopción de estrategias empresariales excesivamente arriesgadas y potencialmente perjudiciales para los acreedores⁸³⁹. Por tanto, aunque la norma opera en la insolvencia, pretendería, según esta tesis, tener la capacidad de influir en el comportamiento de los administradores en dicho periodo en beneficio de los acreedores.

La norma ha sido criticada, en primer lugar, en relación con la falta de determinación del momento a partir del cual se juzga el comportamiento del administrador. Así, se ha dicho que el inciso de «*no reasonable prospect of avoiding insolvent liquidation*» no identifica con la suficiente claridad el punto a partir del cual los intereses de los acreedores han de ser protegidos⁸⁴⁰.

En segundo lugar, se ha planteado la cuestión de si esta norma puede influir en los administradores tornándolos en *demasiado cautelosos*, pudiendo producir, como

⁸³⁶ DAVIES, P., «Legal Capital...», *cit.*, p. 351, nota nº 59, entiende que el hecho de que la carga de la prueba pese sobre los administradores deriva de que la norma pretende crear un deber basado en la sanción de la negligencia, a diferencia de la norma existente con anterioridad a la promulgación de la *wrongful trading provision*, que imponía sanciones a los administradores con base en la existencia de fraude (actualmente, s. 213 IA). *Vid.*, también, FINCH, V., *Corporate Insolvency Law...*, *cit.*, 2009, p. 699. En relación con la cuestión de la carga de la prueba es necesario realizar una puntualización. Aunque la carga de la prueba la soportan los acreedores, el liquidador debe probar que el administrador permitió que la sociedad continuara negociando, antes del inicio del procedimiento concursal, cuando sabía, o debía haber sabido, que no había perspectivas razonables de que la sociedad evitara la liquidación por insolvencia (LOWRY, J., «United Kingdom», en ANDERSON, H., *Directors' Personal Liability for Corporate Fault. A Comparative Analysis*, Kluwer Law International, United Kingdom, 2008, p. 290). En definitiva, el liquidador tiene que probar que el administrador continuó negociando, mientras que el administrador lo que tiene que probar es que hizo todo lo necesario para evitar las pérdidas.

⁸³⁷ Señala DAVIES, P., «Legal Capital...», *cit.*, p. 351, que jurisprudencialmente se ha fijado como límite la cantidad en que la posición financiera de la sociedad se haya deteriorado como consecuencia del incumplimiento por parte del administrador del deber. Además, la cantidad se puede compensar subordinando cualquier deuda que la sociedad tenga con el administrador [*vid.* s. 215 (8) IA].

⁸³⁸ DAVIES, P., «Director's Creditor-Regarding Duties...», *cit.*, p. 316. *Vid.*, también, LOWRY, J., *op. cit.*, p. 290.

⁸³⁹ DAVIES, P., «Director's Creditor-Regarding Duties...», *cit.*, p. 317.

⁸⁴⁰ DAVIES, P., *op. ult. cit.*

consecuencia de un exceso de prudencia, el cierre de compañías cuando aún existen posibilidades de recuperación empresarial lo que, en última instancia, perjudicaría tanto a socios como a acreedores⁸⁴¹. Sin embargo, a la vista de la jurisprudencia existente, no parece que éste sea un riesgo real que debieran temer los acreedores, ya que los tribunales no están imponiendo responsabilidad por lo acontecido en periodos previos a los que se corresponderían, en nuestro Derecho, con el desbalance o la insolvencia⁸⁴².

En tercer lugar, se critica también la limitación a la efectividad de la acción, ya que la legitimación activa corresponde en exclusiva al liquidador en el contexto de un procedimiento concursal. Se ha propuesto como posible solución a este problema la reforma de la sección, permitiendo que terceras partes ejercitaran la acción de responsabilidad contra los administradores⁸⁴³. A esta crítica se anuda la de la falta de criterios jurisprudenciales unitarios al respecto de la interpretación de la sección, p. ej., si la misma tiene carácter compensatorio o sancionador⁸⁴⁴.

Por último, desde un punto de vista general, se ha criticado la falta de seguridad jurídica a que están sometidos los administradores como consecuencia de que el deber se regula con base en estándares, lo cual puede dificultar el conocimiento y concreción de cuáles son las exigencias exactas a que los administradores están sujetos⁸⁴⁵.

No se estudia, en cambio, la sección 213 IA⁸⁴⁶, donde se regula el *fraudulent trading*, por no tratarse, específicamente, de una norma que controle la gestión de los administradores. A diferencia de lo que sucede con el *fraudulent trading*, en el supuesto del *wrongful trading* no es necesario que exista intención fraudulenta, resultando

⁸⁴¹ DAVIES, P., «Legal Capital...», *cit.*, p. 351.

⁸⁴² BACHNER, T., *op. cit.*, p. 302.

⁸⁴³ DAVIES, P., «Director's Creditor-Regarding Duties...», *cit.*, pp. 325-326.

⁸⁴⁴ Así, FINCH, V., *Corporate Insolvency Law...*, *cit.*, pp. 700-701.

⁸⁴⁵ En cualquier caso, como recueda DAVIES, P., «Director's Creditor-Regarding Duties...», *cit.*, p. 327, los estándares son una técnica tradicionalmente usada a la hora de regular los deberes societarios de los administradores. Su concreción habrá de producirse, por tanto, a través de las interpretaciones realizadas por los tribunales a la hora de aplicar la sección e imponer responsabilidad a los administradores societarios.

⁸⁴⁶ **Section 213 IA.- Fraudulent trading**

(1) *If in the course of the winding up of a company it appears that any business of the company has been carried on with intent to defraud creditors of the company or creditors of any other person, or for any fraudulent purpose, the following has effect.*

(2) *The court, on the application of the liquidator may declare that any persons who were knowingly parties to the carrying on of the business in the manner above-mentioned are to be liable to make such contributions (if any) to the company's assets as the court thinks proper.*

suficiente con que de manera culposa se hayan perjudicado los intereses de los acreedores (en la manera arriba mencionada). Además, las normas de *fraudulent trading* no se aplican exclusivamente a los administradores, sino a cualquiera que, de manera fraudulenta, intervenga en negocios de la sociedad en cuestión. Tampoco el periodo temporal relevante es el mismo, ya que, a diferencia de lo que sucede en el supuesto del *wrongful trading*, el *fraudulent trading* no se encuentra limitado al periodo de crisis⁸⁴⁷.

1.1.2. *Disqualification of directors*

Además del *wrongful trading*, son de aplicación a la fiscalización del comportamiento de los gestores de sociedades insolventes o preinsolventes las normas de inhabilitación de administradores (*disqualification of directors*); en particular, las normas de inhabilitación obligatoria (*mandatory disqualification*)⁸⁴⁸.

A pesar de que ambas normas comparten la intención de determinar, en cierta manera, el comportamiento de los administradores en el periodo de crisis, se han apuntado, en cambio, grandes diferencias entre el recurso a las normas del *wrongful trading* y las normas de *disqualification of directors*⁸⁴⁹. En primer lugar, la inhabilitación no pretende

⁸⁴⁷ Vid. GOODE, R., *Principles of Corporate Insolvency Law*, 4th ed., Sweet & Maxwell, London, 2011.

⁸⁴⁸ **Section 6 Company Directors Disqualification Act 1986.- Duty of court to disqualify unfit directors of insolvent companies**

(1) *The court shall make a disqualification order against a person in any case where, on an application under this section, it is satisfied-*

(a) *that he is or has been a director of a company which has at any time become insolvent (whether while he was a director or subsequently), and*

(b) *that his conduct as a director of that company (either taken alone or taken together with his conduct as a director of any other company or companies) makes him unfit to be concerned in the management of a company.*

(2) *For the purposes of this section and the next, a company becomes insolvent if-*

(a) *the company goes into liquidation at a time when its assets are insufficient for the payment of its debts and other liabilities and the expenses of the winding up,*

(b) *an administration order is made in relation to the company, or*

(c) *an administrative receiver of the company is appointed; and references to a person's conduct as a director of any company or companies include, where that company or any of those companies has become insolvent, that person's conduct in relation to any matter connected with or arising out of the insolvency of that company. (...)*

⁸⁴⁹ La diferencia es, *mutatis mutandis*, asimilable a la que existe entre nuestros arts. 172.2.2º y 172 bis LC. Sobre las diversas normas que existen en el marco europeo como *mecanismos para neutralizar los comportamientos oportunistas que se producen en situaciones de crisis, al sancionar el comportamiento inadecuado de quienes mantienen un patrimonio insolvente en el tráfico sin tomar ninguna medida razonable al respecto*, BERMEJO GUTIÉRREZ, N./RODRÍGUEZ PINEAU, E., *op. cit.*, pp. 8-9.

internalizar las consecuencias negativas del comportamiento arriesgado de los administradores, sino imponer una penalización a posteriori por su comportamiento. En segundo lugar, el conjunto de conductas por las cuales se puede inhabilitar a un administrador es más amplio que los supuestos de aplicación del *wrongful trading*. La inhabilitación puede aplicarse no sólo a administradores cuyas sociedades hayan iniciado una liquidación por insolvencia, sino también en los casos en que dichas sociedades pasen a ser gestionadas por una administración concursal, sin que llegue a producir la liquidación⁸⁵⁰. Asimismo, se analizará, globalmente, la gestión del administrador, y no sólo aquellas actuaciones realizadas desde que conoció la improbabilidad de la recuperación. Por último, a diferencia de lo que sucede en el caso de las normas de *wrongful trading*, la simple negligencia (culpa leve) no es suficiente para producir la inhabilitación⁸⁵¹. Los tribunales han dividido los posibles comportamientos punibles de los administradores en dos grandes grupos: es necesario o bien una *ruptura de la moral exigida en el comercio (a breach of commercial morality)* (dolo) o una *imprudencia o incompetencia grave (recklessness or at least gross negligence)* (culpa grave)⁸⁵².

El primer conjunto resulta más interesante para nuestro estudio por la relación que presenta con respecto a los acreedores sociales. La *ruptura de la moral comercial* se basa en la idea de que se gestiona una sociedad en dificultades a expensas de sus acreedores, comportamiento que los tribunales han considerado sancionable con la inhabilitación⁸⁵³.

El segundo grupo de comportamientos atiende no tanto a los perjudicados por la gestión social, sino a la competencia objetiva de los administradores a la hora de gestionar la sociedad. Aunque, evidentemente, una mala gestión pueda perjudicar indirectamente a los acreedores, lo que estudia este grupo es la *idoneidad de la gestión en sí misma*

⁸⁵⁰ Cfr. Section 6 (2) Company Directors Disqualification Act 1986.

⁸⁵¹ DAVIES, P., «Legal Capital...», *cit.*, p. 351

⁸⁵² DAVIES, P., *Gower's Principles...*, *cit.*, pp. 685 ss.

⁸⁵³ DAVIES, P., *Gower's Principles...*, *cit.*, pp. 685-686. Apunta este autor como ejemplo el caso de las llamadas compañías «Fénix», donde los administradores permiten la liquidación de la sociedad que gestionan para, habiendo creado antes una sociedad nueva, comprar los activos de la primera sociedad a precio de liquidación y continuar, así, con el negocio que se realizaba pero *sin la carga* de los acreedores impagados.

considerada. En concreto, se refiere este conjunto a casos en que se haya producido una imprudencia grave o un comportamiento manifiestamente incompetente⁸⁵⁴.

1.2. La situación en Australia: *duty to avoid insolvent trading*

1.2.1. Introducción

El *duty to avoid insolvent trading* (que, en una adaptación a nuestro sistema podríamos definir como la *prohibición asunción de compromisos contractuales en situación de crisis empresarial*) es considerado por algunos autores australianos como el más controvertido de los deberes impuestos a los administradores sociales, así como una de las previsiones más debatidas del *Corporate Law*, por su influencia en la gestión empresarial, especialmente en lo que a asunción de decisiones arriesgadas se refiere⁸⁵⁵.

Al estudiar las obligaciones de los administradores hacia los acreedores, la *Australian Law Reform Commission* (ALRC) consideró necesario imponer un deber a los administradores para prevenir que la sociedad se implicara en *insolvent trading*, entendido como «asunción de deudas existiendo circunstancias de insolvencia». El deber, tal cual lo articuló la ALRC, pesaría sobre los administradores a favor de la sociedad, aunque la ruptura del mismo pudiera afectar a los acreedores. Según la opinión de la ALRC, este punto de vista era consistente con la decisión tomada en *Kinsela v Russell Kinsela Pty Ltd (cit.)*, que, como ya se ha expuesto anteriormente en este trabajo, establece que los deberes de los administradores se tienen hacia la sociedad pero exigen tener en consideración los intereses de los acreedores una vez que la sociedad es insolvente⁸⁵⁶. En línea con la citada jurisprudencia, la normativa de

⁸⁵⁴ DAVIES, P., *Gower's Principles...*, cit., pp. 686-688.

⁸⁵⁵ Al igual que ha sucedido con la doctrina de ordenamientos afines, por una parte se ha discutido si el deber debería ser derogado, dada la posible aversión que puede provocar en los administradores hacia las estrategias empresariales arriesgadas, mientras que otros lo defienden enfáticamente, con fundamento en la protección que otorga a los acreedores sociales no garantizados. Al respecto, RAMSAY, I.M., «An Overview of the Insolvent Trading Debate», en RAMSAY, I.M. (ed.), *Company Directors' Liability for Insolvent Trading*, CCH Australia Limited and Centre for Corporate Law and Securities Regulation Faculty of Law, University of Melbourne, 2000, p. 1.

⁸⁵⁶ Sobre la influencia de *Kinsela* en el ordenamiento australiano, COBURN, N.F., «Insolvent Trading in Australia: The Legal Principles», en RAMSAY, I. M. (ed.), *Company Directors' Liability for Insolvent Trading*, CCH Australia Limited and Centre for Corporate Law and Securities Regulation Faculty of Law, University of Melbourne, 2000, p. 84.

insolvent trading en Australia ha permitido el desarrollo de un deber de cuidado de los administradores, así como de las obligaciones que se derivan de dicho deber⁸⁵⁷.

1.2.2. El deber de prevenir la negociación en la insolvencia. Análisis de la norma

El deber de prevenir la negociación en la insolvencia se encuentra regulado en la sección 588G de la *Corporations Act 2001*⁸⁵⁸. Dicha sección impone responsabilidad a una persona si concurren los siguientes elementos: (a) el sujeto es *administrador* de una sociedad asume nuevas deudas⁸⁵⁹; (b) la sociedad ya *es insolvente cuando asume esas deudas* o *deviene insolvente por la asunción de dichas deudas*⁸⁶⁰ (concurrencia de

⁸⁵⁷ WINCHOP, M.J., «The Economic and Strategic Structure of Insolvent Trading», en RAMSAY, I.M. (ed.), *Company Directors' Liability for Insolvent Trading*, CCH Australia Limited and Centre for Corporate Law and Securities Regulation Faculty of Law, University of Melbourne, 2000, p. 43.

⁸⁵⁸ **Section 588G Corporations Act.- Director's duty to prevent insolvent trading by company**

(1) *This section applies if:*

- (a) *a person is a director of a company at the time when the company incurs a debt; and*
- (b) *the company is insolvent at that time, or becomes insolvent by incurring that debt, or by incurring at that time debts including that debt; and*
- (c) *at that time, there are reasonable grounds for suspecting that the company is insolvent, or would so become insolvent, as the case may be; and (...)*

(2) *By failing to prevent the company from incurring the debt, the person contravenes this section if:*

- (a) *the person is aware at that time that there are such grounds for so suspecting; or*
- (b) *a reasonable person in a like position in a company in the company's circumstances would be so aware. (...)*

(3) *A person commits an offence if:*

- (a) *a company incurs a debt at a particular time; and*
- (aa) *at that time, a person is a director of the company; and*
- (b) *the company is insolvent at that time, or becomes insolvent by incurring that debt, or by incurring at that time debts including that debt; and*
- (c) *the person suspected at the time when the company incurred the debt that the company was insolvent or would become insolvent as a result of incurring that debt or other debts (as in paragraph (1)(b)); and*
- (d) *the person's failure to prevent the company incurring the debt was dishonest. (...)*

⁸⁵⁹ Los sujetos obligados por el deber son los administradores sociales, no, en cambio, los *officers*. Ahora bien, la norma sí que se aplica a los *de facto directors* y a los *shadow directors* (RAMSAY, I.M., *op. cit.*, p. 2).

⁸⁶⁰ Es necesario concretar cuándo entiende la legislación societaria australiana que una sociedad es insolvente. La sección 95A recoge en su número (1) la definición de solvencia, estableciendo que una persona es solvente solamente si es capaz de pagar todas sus deudas según devienen vencidas y exigibles. En su número (2) establece que todo aquel que no es solvente es insolvente. Por tanto, la insolvencia se mide a través del *cash flow test* (recuerda RAMSAY, I.M., *op. cit.*, pp. 4-5, que una falta temporal de liquidez no se considera insolvencia. Además, como señala este autor, existen varias presunciones de insolvencia que pueden ayudar a determinar cuándo una sociedad es insolvente a los efectos de la s.

estado de crisis); (c) se continúa negociando a pesar de que hay *motivos fundados para sospechar que la sociedad es insolvente o devendrá insolvente por la asunción de dichas deudas* (consecuencia previsible, desde un punto de vista objetivo); (d) el *administrador estaba sobre aviso* en el momento del nacimiento de la deuda de que había motivos suficientes para considerar que la sociedad pudiera ser insolvente o, *una persona razonable en tal situación, lo habría estado* (la previsibilidad de la consecuencia era conocida por el administrador o debería haberlo sido).

En cualquier caso, aunque la sociedad sea o devenga insolvente por la asunción de una deuda, ello no implica directamente que se pueda considerar a los administradores personalmente responsables, siendo necesario precisar qué se consideran *motivos suficientemente fundados para sospechar de la situación de insolvencia* para que sea aplicable la norma estudiada. La respuesta a esta cuestión es complicada y depende, en gran medida, del caso concreto, por lo que la doctrina se ha apoyado especialmente en las pautas ofrecidas por las resoluciones judiciales. La Jurisprudencia ha entendido que la respuesta habrá de fundarse en la situación financiera global de la sociedad, incluyendo activos, obligaciones, *cash*, préstamos y capacidad de acceder a financiación⁸⁶¹.

Por último, es preciso señalar que el comportamiento del administrador a la hora de valorar la existencia de estas *sospechas razonablemente fundadas* se valora tomando como referencia el estándar de un administrador de una competencia normal que es capaz de entender, de una manera básica, la situación financiera de la sociedad⁸⁶².

1.2.3. Cuestiones de política legislativa

La controversia en torno a la conveniencia del deber resulta patente en la doctrina. Como sucede en ordenamientos con normas similares, las posturas existentes se podrían resumir en la posición crítica por la posible *aversión a la asunción de riesgos empresariales* que se puede producir en los administradores –lo cual produciría,

588G). Por tanto, para que se admita la aplicación de la sección ahora estudiada es necesario que el demandante pruebe (1) que la sociedad era insolvente –en el sentido de incapaz de pagar sus deudas según devienen vencidas y exigibles cuando incurrió en la deuda- o (2) que devino insolvente por asumir dicha deuda (COBURN, N.F., *op. cit.*, p. 90).

⁸⁶¹ COBURN, N.F., *op. cit.*, p. 99.

⁸⁶² RAMSAY, I.M., *op. cit.*, p. 5. Considera COBURN, N.F., *op. cit.*, p. 100, que dicho estándar demanda de los administradores un deber de cuidado más exigente de lo habitual.

principalmente, dos consecuencias perniciosas: que los administradores inicien demasiado pronto procedimientos voluntarios de concurso por miedo a las demandas de responsabilidad personal y que las personas cualificadas eviten los puestos de administrador social por el mismo miedo a responsabilidad personal- y quien, a favor del deber, argumenta que *es necesario para la protección de los intereses de los acreedores*. En fin, como en todos los ordenamientos estudiados, el debate fundamentalmente orbita en torno a la cuestión de la necesidad: si los acreedores necesitan ser protegidos o deben autoprotegerse a través de la negociación de sus contratos⁸⁶³.

Para que la protección vía negociación contractual sea suficiente, es necesario, entre otras variables (desequilibrios informativos, capacidad negocial real), que el interés pactado para el préstamo refleje el nivel de riesgo que el acreedor asume. Además, el contrato debería poder limitar determinadas actuaciones societarias que pudieran resultar perjudiciales para los acreedores. El problema se plantea, precisamente, porque este tipo de contratación no siempre es posible. La premisa de que los acreedores pueden negociar el interés del préstamo en función del riesgo asumido no se cumple en los casos en los que el coste soportado por el acreedor por el acceso a la información es demasiado elevado en relación con el valor de transacción. Tampoco todos los acreedores tienen la capacidad de establecer limitaciones a las actuaciones de la sociedad, además de que ni siquiera los acreedores más sofisticados pueden prever todas las contingencias posibles en relación con la vida de la sociedad. Por último, la protección a través de la contratación tampoco se cumple en el caso de los acreedores extracontractuales⁸⁶⁴.

En cambio, si se considera que, con la excepción de los extracontractuales, los acreedores disponen de la posibilidad de negociar sus propios contratos y así garantizar el cobro de los créditos, la cuestión que se plantea es si la norma de *insolvent trading* ofrece a los acreedores beneficios que no puedan conseguir por sí mismos.

La defensa de la eficiencia de la negociación contractual encuentra uno de sus pilares en la idea de que las sociedades que pretendan obtener crédito ofrecerán la información necesaria sobre su solvencia y aceptarán condiciones contractuales que reduzcan el

⁸⁶³ Por todos, RAMSAY, I.M., *op. cit.*, p. 9.

⁸⁶⁴ RAMSAY, I.M., *op. cit.*, p. 10.

riesgo del prestamista que negocia con una sociedad de responsabilidad limitada. Las sociedades que no ofrecieran tal información tendrían que hacer frente a tipos de interés más altos. En contra de este argumento se ha esgrimido, entre otros, el problema del funcionamiento de los mercados de deuda. Mientras que el capital es prácticamente fungible, los mercados de deuda están muy afectados por altos costes de información. Para muchos acreedores resulta muy complicado acceder a información sobre las sociedades con las que negocian. Por tanto, es necesario reflexionar sobre si en la práctica es posible que los acreedores tomen decisiones suficientemente informados⁸⁶⁵.

Por último, en contra de las críticas que desde el análisis económico del derecho se hacen a la norma, se ha esgrimido el siguiente argumento: si todas las partes en la negociación conocen la existencia de las normas de *insolvent trading*, todos podrán ajustar los precios a la existencia de las mismas. Por tanto, no se produciría una *sobreprotección* de los acreedores⁸⁶⁶.

1.3. La situación legislativa en Nueva Zelanda

Como ya se ha expuesto, en 1989 la *New Zealand Law Commission*, entre otras reformas, propuso una norma de responsabilidad de administradores por negociación imprudente (*reckless trading*), según la cual los administradores sociales no deberían implicar a la sociedad en negociaciones contractuales cuando no estuviesen razonablemente convencidos de que dicha operación no supondría la asunción de un riesgo excesivo que pudiera tener como consecuencia colocar a la sociedad en una situación financiera en que no fuera capaz de superar el test de solvencia [cfr. s. 105(1) de la propuesta]⁸⁶⁷. La *Companies Act 1993* reemplazó la propuesta s. 105(1) por una norma, la sección 135 (*reckless trading*), que prohíbe a los administradores causar o aceptar que la sociedad gestione sus negocios de tal manera que pueda crear un riesgo excesivo de implicar serias pérdidas para los acreedores sociales⁸⁶⁸.

⁸⁶⁵ Para una exposición más amplia de esta idea, *vid.*, WINCHOP, M.J., *op. cit.*, pp. 46-47.

⁸⁶⁶ WINCHOP, M.J., *op. cit.*, pp. 57-58.

⁸⁶⁷ **Section 105 Companies Act.- Solvency**

(1) *A director of a company must not agree to the company entering into a contract or arrangement or acting in any other manner unless he or she believes at that time on reasonable grounds that the act concerned does not involve an unreasonable risk of causing the company to fail to satisfy the solvency test.*

⁸⁶⁸ **Section 135 Companies Act.- Reckless trading**

Mientras que la norma propuesta establecía que el administrador no debería permitir operaciones no estando seguro de que las mismas no tendrían como consecuencia la insolvencia *de la sociedad*, el texto en vigor dispone que los administradores no deben acordar ni permitir operaciones que creen un riesgo excesivo de implicar serias pérdidas *para los acreedores sociales*. Así, el foco de atención deja de estar en los riesgos que asume la sociedad (y, sólo de manera indirecta, los acreedores) para concentrarse en los que asumen directamente los acreedores, modificándose el sujeto protegido por la norma⁸⁶⁹. La norma no ha estado exenta de críticas, en general, las mismas que se hacen a la sección 136 del mismo texto legal, a cuyo análisis nos remitimos⁸⁷⁰.

2. Deberes de los administradores ante la insolvencia en Italia

2.1. La ausencia de deber de solicitud del concurso

A diferencia de lo que sucede en nuestro ordenamiento, el italiano carece de una norma en la que expresamente se obligue a los administradores a solicitar el concurso de la sociedad gestionada en el caso de que ésta se encuentre en estado de insolvencia⁸⁷¹. En

A director of a company must not—

(a) agree to the business of the company being carried on in a manner likely to create a substantial risk of serious loss to the company's creditors; or

(b) cause or allow the business of the company to be carried on in a manner likely to create a substantial risk of serious loss to the company's creditors.

⁸⁶⁹ Cfr. GODDARD, D., *op. cit.*, p. 182.

⁸⁷⁰ *Vid., supra*, Parte Segunda, Capítulo I, B, 3.1.2.

⁸⁷¹ La doctrina se ha preguntado si era posible desarrollar, en ausencia de un precepto legal, una obligación civilmente sancionada que pesara sobre los administradores de las sociedades de capital de tempestiva solicitud del procedimiento judicial. *Vid.*, HIRTE, H./VICARI, A., «La responsabilità degli amministratori di società di capitali verso i creditori in caso di omessa o ritardata presentazione della richiesta di fallimento al tribunale, nel diritto tedesco e italiano», *Giur. comm.*, 1996, II, pp. 377-378, que hablan de que dicha obligación no ha de ser configurada como un deber de solicitar el concurso a toda costa, sino como una prohibición de continuación de la gestión de la sociedad en una situación de grave inestabilidad; prohibición que exigiría, o bien la eliminación de la situación de insolvencia, o bien la solicitud de concurso. Explica RONDINONE, N., «La responsabilità per l'incauta gestione dell'impresa in crisi tra vecchio e nuovo diritto societario», *Il Fallimento*, 1/2005, p. 51, que, en primer lugar, es necesario tener en cuenta al respecto de esta cuestión las obligaciones conservativas del patrimonio que pesan sobre los administradores derivadas de la existencia de pérdidas cualificadas. La pregunta es, si además de las obligaciones informativas y de gestión conservativa derivadas de la existencia de pérdidas cualificadas se puede considerar que existe una obligación de solicitar la declaración de concurso cuando la crisis reversible devenga irreversible, con el fin de evitar el aumento del pasivo (*vid.*, para jurisprudencia a favor de esta tesis, la citada en este mismo trabajo, p. 51, nota 3). Recuerda el autor que, un sector de la doctrina italiana, en ausencia, como ya se ha expuesto, de una norma que establezca tal obligación, intentó construirla como una manifestación o concreción del deber general de control de la gestión que pesa sobre los administradores derivado del antiguo art. 2393 p. 2 c.c. («*La deliberazione concernente la responsabilità degli amministratori può essere presa in occasione della discussione del*

el artículo 6 *leg. fall.*⁸⁷² se establece que el concurso puede ser solicitado por el deudor, por uno o más de sus acreedores y por el ministerio fiscal, lo cual no debe ser confundido con la existencia de un deber de solicitud del concurso, tratándose, simplemente, de la atribución de la legitimación necesaria para el inicio del procedimiento⁸⁷³.

El interés de cierto sector doctrinal por desarrollar interpretativamente un deber de solicitud de concurso ha llevado, incluso, a defender la existencia de tal obligación mediante el recurso al artículo 217 p. 4 *leg. fall.*, que establece una condena penal en el caso de que no solicitar el concurso agrave la situación de insolvencia de la sociedad, en relación con el artículo 224 *leg. fall.*, que extiende dicha pena a los administradores, directores generales, síndicos y liquidadores en el caso de que hayan realizado alguno de los actos previstos en el artículo 217 *leg. fall.*, contribuyendo a causar o agravar la situación de crisis de la sociedad mediante el incumplimiento de obligaciones legales que sobre ellos pesan⁸⁷⁴. Se argumenta que, a pesar de tratarse de una norma de carácter penal, se podría deducir de la misma una regla de conducta que determinara la existencia de una suerte de *sanción civil*, que permitiera ante la crisis exigir

bilancio, anche se non è indicata nell'elenco delle materie da trattare»), norma que desapareció tras la reforma. También se recurrió al art. 2394 c.c., que establece la obligación para los administradores de conservar la integridad del capital social en interés de los acreedores. Recientemente, a favor de la creación de tal deber, SCARLINO, D., *op. cit.*, pp. 340-347.

⁸⁷² **Art. 6 *leg. fall.*- Iniziativa per la dichiarazione di fallimento**

Il fallimento è dichiarato su ricorso del debitore, di uno o più creditori o su richiesta del pubblico ministero. (...)

Antes de la reforma de 2006, la norma establecía: «1. Il fallimento è dichiarato su richiesta del debitore su ricorso di uno o più creditori, su istanza del pubblico ministero oppure d'ufficio». Observamos que se ha eliminado la solicitud de oficio.

⁸⁷³ En nuestra doctrina, haciendo referencia a esta cuestión, MOYA BALLESTER, J., *La responsabilidad de los administradores de sociedades en situaciones de crisis*, La Ley, Madrid, 2010, pp. 204-205.

⁸⁷⁴ **Art. 217 *leg. fall.*- Bancarotta semplice**

È punito con la reclusione da sei mesi a due anni, se è dichiarato fallito, l'imprenditore, che, fuori dai casi previsti nell'articolo precedente: (...)

4) ha aggravato il proprio dissesto, astenendosi dal richiedere la dichiarazione del proprio fallimento o con altra grave colpa (...)

Art. 224 *leg. fall.*- Fatti di bancarotta semplice

Si applicano le pene stabilite nell'art. 217 agli amministratori, ai direttori generali, ai sindaci e ai liquidatori di società dichiarate fallite, i quali:

1) hanno commesso alcuno dei fatti previsti nel suddetto articolo;

2) hanno concorso a cagionare od aggravare il dissesto della società con inosservanza degli obblighi ad essi imposti dalla legge.

responsabilidad a los administradores por no haber tomado las medidas idóneas para evitar el empeoramiento de la situación de la sociedad mediante la solicitud de la declaración de *fallimento*⁸⁷⁵.

En contra, se ha argumentado lo innecesario del recurso a la normativa penal para poder exigir la solicitud de concurso por parte de los administradores en una situación de insolvencia, siendo suficiente recurrir a la normativa de responsabilidad de los administradores (arts. 2392, 2394, 2395 *c.c.*), en especial, a la responsabilidad hacia los acreedores derivada del art. 2394 *c.c.* y a los principios generales de responsabilidad por daños (en concreto, art. 2043 *c.c.*), para situaciones en que los administradores saben que, debido a la inminente insolvencia de la sociedad, la continuación de la actividad empresarial sin ajustarse a la situación de crisis conducirá a asumir nuevas pérdidas patrimoniales⁸⁷⁶.

2.2. Defensa de la existencia de otros deberes de actuación de los administradores en la preinsolvencia en Derecho italiano

A continuación plantearemos brevemente la tesis que defiende la existencia de concretos deberes de actuación que pesan sobre los administradores en defensa de los acreedores en el caso de que la sociedad se encuentre en estado de crisis⁸⁷⁷.

En primer lugar, a diferencia de lo que ocurre en el supuesto de existencia de pérdidas cualificadas (en que se imponen obligaciones informativas y convocatoria de la Junta)⁸⁷⁸ en el caso de los procedimientos a que nos vamos a referir, el legislador impone la competencia exclusiva del órgano de gestión para la decisión sobre su conveniencia *ex art. 152 leg. fall.*⁸⁷⁹.

⁸⁷⁵ Al respecto de la cuestión, cfr., entre otros, BONELLI, F., «La responsabilità degli amministratori», *cit.*, p. 348, nota 54. También RONDINONE, N., *op. cit.*, p. 52, fundamentando una opinión positiva al respecto en la consideración de que el bien jurídico protegido en la norma penal no es otro que el interés de la sociedad y los acreedores. Valorando esta solución interpretativa del art. 217 *leg. fall.* como deber autónomo no concurrente con el del art. 2485 *c.c.*, que se habría de concretar en un deber de promover las necesarias medidas de saneamiento, acuerdo de reestructuración o elaboración de concordato preventivo, cfr. VICARI, A., «I finanziamenti delle banche a fini ristrutturativi», en *Giur. comm.*, 2008, I, pp. 500-503. También, GUGLIELMUCCI, L., *Diritto fallimentare*, 2ª ed., Giappichelli, Torino, 2007, p. 46.

⁸⁷⁶ Cfr. SCARLINO, D., *op. cit.*, pp. 343-344.

⁸⁷⁷ Tesis defendida en la obra de SCARLINO, D., *op. cit.*, en concreto, pp. 306 ss.

⁸⁷⁸ *Vid., supra*, Parte Segunda, Capítulo II, B, 1.

⁸⁷⁹ Cfr. art. 152 p. 1 *leg. fall.* que establece: «*La proposta di concordato per la società fallita è sottoscritta da coloro che ne hanno la rappresentanza sociale*». Por otra parte, el art. 182 bis p. 1 *leg. fall.* dispone:

Una vez recordada la competencia exclusiva del órgano de gestión, es necesario preguntarse si en ausencia de pérdidas cualificadas pero estando la sociedad en una situación de riesgo de insolvencia conocida por los administradores –o que debiera haberlo sido-, se les puede considerar responsables *ex arts. 2392 y 2394 c.c.* por no realizar las actuaciones de reestructuración necesarias y para las que eran plenamente competentes, produciéndose así pérdidas que no se habrían producido si dichas actuaciones de reestructuración se hubieran realizado tempestivamente⁸⁸⁰.

En esta línea, se ha planteado la posibilidad de considerar que pesa sobre los administradores sociales una obligación de presentación de realizar las operaciones de reestructuración necesarias, mediante presentación de *concordato preventivo ex art. 160 leg. fall.* en los casos en que, concurriendo una situación de riesgo de insolvencia, dicha opción pareciese, tras una valoración *ex ante*, idónea, por lo menos, para minimizar el riesgo de pérdidas para los acreedores. En este supuesto, sólo se debería proceder a convocar previamente a la Junta si la propuesta tuviera *carácter exclusiva o esencialmente liquidatorio*, para otorgar la posibilidad a los socios de realizar nuevas aportaciones, *siempre que los administradores consideraran tal opción apropiada para superar la situación de crisis*⁸⁸¹.

2.3. Algunas cuestiones relacionadas con el ejercicio de las acciones de responsabilidad de administradores en sede concursal

Además, no existe en el ordenamiento italiano, a diferencia de lo que sucede con el nuestro, una norma específica de responsabilidad concursal. Esta «ausencia» se compensa con la legitimación al *curatore*, *ex art. 146 leg. fall.*⁸⁸² (y *art. 2394-bis*

«L'imprenditore in stato di crisi può domandare, depositando la documentazione di cui all'articolo 161, l'omologazione di un accordo di ristrutturazione dei debiti (...)».

⁸⁸⁰ SCARLINO, D., *op. cit.*, p. 310.

⁸⁸¹ SCARLINO, D., *op. cit.*, pp. 310-313.

⁸⁸² **Art. 146 leg. fall.- Amministratori, direttori generali, componenti degli organi di controllo, liquidatori e soci di società a responsabilità limitata**

Gli amministratori e i liquidatori della società sono tenuti agli obblighi imposti al fallito dall'articolo 49. Essi devono essere sentiti in tutti i casi in cui la legge richiede che sia sentito il fallito.

Sono esercitate dal curatore previa autorizzazione del giudice delegato, sentito il comitato dei creditori:

a) le azioni di responsabilità contro gli amministratori, i componenti degli organi di controllo, i direttori generali e i liquidatori; (...)

c.c.⁸⁸³), para el ejercicio de las acciones de responsabilidad contra los administradores, miembros del órgano de control, directores generales y liquidadores. Por tanto, el *curatore* podrá ejercitar, si lo estima procedente, las acciones de responsabilidad *ex arts.* 2392 a 2394 c.c.), la acción de responsabilidad hacia los acreedores sociales (art. 2394 c.c.).

Evidentemente, la exigencia de responsabilidad a los administradores deberá fundamentarse, como sucedería en sede societaria, en el incumplimiento de alguno de los deberes que pesan sobre los mismos. Por tanto, desde el momento en que los administradores detectan –o deberían haber detectado, de haber desplegado la diligencia debida- que concurre una situación de crisis empresarial, pesan sobre ellos lo que se puede denominar genéricamente *deberes de actuación*; actuaciones cuya determinación dependerá del caso concreto y que, pueden ser, por ejemplo, bien el inicio de procedimiento concursal o la negociación de acuerdos de reestructuración⁸⁸⁴.

Limitándonos a la tutela de acreedores, si, detectando los administradores que la sociedad se encuentra en situación de crisis –o cuando culpablemente no se percaten de tal situación- continúan actuando sin restricciones y dicha pasividad conduce finalmente a una situación efectiva de insolvencia, los administradores podrán ser considerados responsables hacia los acreedores sociales *ex art.* 2394 c.c., siempre y cuando la insolvencia implique la incapacidad patrimonial de la sociedad⁸⁸⁵.

En este contexto, de producirse el impago total o parcial de los créditos, los acreedores podrán vincular la cuantía del daño resarcible con la diferencia entre la situación patrimonial de la sociedad en el momento en que los administradores identificaron, o debieron haber identificado, la situación de crisis y la situación patrimonial de la sociedad cuando se produce la declaración formal del estado de insolvencia (momento que no tiene por qué coincidir con el momento en cual la sociedad deviene insolvente). El hecho de que antes de la declaración de *fallimento* los administradores recurran a alguno de los procedimientos de reestructuración no excluirá la responsabilidad de los

⁸⁸³ **Art. 2394-bis c.c.- Azioni di responsabilità nelle procedure concorsuali**

In caso di fallimento, liquidazione coatta amministrativa e amministrazione straordinaria le azioni di responsabilità previste dai precedenti articoli spettano al curatore del fallimento, al commissario liquidatore e al commissario straordinario.

⁸⁸⁴ Por todos, VICARI, A., «I finanziamenti...», *cit.*, pp. 500-503.

⁸⁸⁵ SCARLINO, D., *op. cit.*, p. 344, puntualiza que, si a pesar de la insolvencia el patrimonio de la sociedad fuera capaz de satisfacer a todos los acreedores, no sería posible la exigencia de responsabilidad por ausencia del elemento del daño.

mismos, siempre que dicha actuación no se haya realizado tempestivamente. En este caso, el daño se determinaría calculando la diferencia entre la situación patrimonial en el momento en que los administradores conocieron, o debieron haber conocido, el estado de crisis y el momento de eficacia del acuerdo concordatario alcanzado, pesando sobre los administradores la carga de la prueba de la ausencia de culpa⁸⁸⁶.

En cuanto a la determinación del daño en el ámbito de las acciones de responsabilidad contra los administradores ejercitadas por el *curatore* en el concurso, es doctrina mayoritaria que el daño se cuantifica en relación con las consecuencias directas e inmediatas del incumplimiento. Se considera superada la tesis según la cual una vez demostrado el incumplimiento el daño existe *in re ipsa*, identificándose con la diferencia entre el pasivo insinuado y el activo realizado, por lo que el daño debe ser determinado, determinación que resultará de la suma de todos los daños individuales derivados de cada incumplimiento singular imputable al administrador⁸⁸⁷.

Sin embargo, la jurisprudencia italiana permite el recurso a la determinación del daño por la diferencia entre el activo existente y el pasivo exigible en los casos en que, debido a la ausencia de contabilidad o falta de veracidad/fiabilidad de la misma, resulta imposible para el *curatore* reconstruir la pretérita situación contable de la sociedad e identificar de manera individualizada los incumplimientos generadores del mismo⁸⁸⁸.

Como ya se expuso, el criterio del «déficit patrimonial», que determinaba el daño resarcible exigible de manera tradicional por los administradores *ex art. 2449 Cod. civ.*, se calculaba hallando la diferencia entre el neto patrimonial existente a la fecha de la verificación de la causa de disolución y el existente a la fecha de la apertura del concurso, fue sustituido por el criterio de «determinación del daño», criterio que tiene en cuenta sólo las consecuencias inmediatas y directas de las supuestas violaciones jurídicas. Así, concurriendo el necesario presupuesto de la relación de causalidad, y en referencia al contenido de la obligación resarcitoria en el contexto de la crisis, el daño que el administrador culpable tendría que resarcir es aquel que causalmente, de manera

⁸⁸⁶ SCARLINO, D., *op. cit.*, pp. 345-346. El autor considera que esta interpretación evita otorgar a los administradores una injustificada protección contra la responsabilidad.

⁸⁸⁷ Entre otros, DE CRESCIENZO, U., «Questioni in tema di responsabilità di amministratori», en *Fallimento*, 11/2004, pp. 1229, con ulteriores referencias jurisprudenciales.

⁸⁸⁸ Para jurisprudencia en el mismo sentido, *vid.*, DE CRESCIENZO, U., *op. cit.*, p. 1230, notas 12 y 13. También AMBROSINI, S./AIELLO, M., «Società per azioni. Responsabilità degli amministratori», *Giur. comm.*, 2011, II, pp. 966-968.

dolosa o culposa, hubiera causado la «nueva operación»⁸⁸⁹. Aplicando este principio a las acciones que ejercite el *curatore ex art. 2394 c.c.* en el contexto concursal, el derecho reconocido a los acreedores sociales es el de obtener de los administradores, a título de resarcimiento, el equivalente de la prestación que, por dolo o culpa de los administradores, la sociedad no haya podido cumplir⁸⁹⁰.

3. Los deberes vinculados a la crisis concursal y la responsabilidad por su incumplimiento en Alemania

Al igual que sucede en el Derecho italiano, el ordenamiento alemán no dispone de un régimen específico de responsabilidad concursal. Ahora bien, ello no impide que se pueda considerar responsables a los administradores por el daño que se derive del incumplimiento que pueda producir el incumplimiento de alguno de los deberes que el Derecho alemán impone a los administradores cuando se produce la incapacidad de pagos o el sobreendeudamiento de la sociedad. Nos centraremos en el deber de promover el proceso concursal y el deber de conservación del patrimonio de responsabilidad de la sociedad, reseñando brevemente la configuración de los mismos en este ordenamientos, así como de las vías para la exigencia de la responsabilidad derivada de su incumplimiento, especialmente en tutela de acreedores.

3.1. El deber de promover el proceso concursal (*Konkursantragspflicht*) y su incumplimiento: responsabilidad por retraso en la insolvencia (*Insolvenzverschleppungshaftung*)

En la actualidad, el deber de promover el proceso concursal se encuentra regulado en el § 15a InsO, tanto para la GmbH como para la AG. Con anterioridad a su disposición en

⁸⁸⁹ *Vid., supra*, Parte Segunda, Capítulo II, B, 1.2.

⁸⁹⁰ En cambio, sostiene MIOLA, M., *op. cit.*, p. 63, nota 115 que «[e]n el Derecho italiano, según el criterio del *déficit* concursal, aunque sea progresivamente moderado, el daño resarcible a cargo de los administradores por la actividad de gestión llevada a cabo en proximidad del concurso se cuantifica en la agravación del pasivo que se ha producido en el patrimonio de la sociedad entre el momento en que se ha verificado la disolución por reducción y el de la declaración de concurso de la sociedad».

la normativa concursal⁸⁹¹, se encontraba regulado en los §§ 64.1 GmbHG y 92.2 AktG⁸⁹².

El primer párrafo del § 15a InsO establece el deber de los miembros del órgano de representación o los liquidadores de la persona jurídica de promover el proceso concursal sin retraso culpable en el plazo máximo de tres semanas ante una situación de sobreendeudamiento o incapacidad de pago actual⁸⁹³.

Para ello es necesario, en primer lugar, tramitar una solicitud (§ 13 InsO), que podrá interponer el deudor (correspondiendo en el caso de las sociedades mercantiles al órgano de representación, cfr. § 15 InsO) y, en principio, cualquier acreedor (§ 14 InsO). La solicitud del procedimiento requiere siempre la existencia de motivación (§ 16 InsO), que, generalmente, será la incapacidad de pagos actual, aunque también quepa fundamentar la solicitud en la incapacidad de pagos inminente y, en el supuesto de personas jurídicas, en el sobreendeudamiento⁸⁹⁴. En el supuesto de apertura por incapacidad de pagos inminente, el inicio del procedimiento es voluntario, por lo que la solicitud sólo podrá ser interpuesta por el deudor. En este caso, de ser el deudor una persona jurídica, la solicitud deberá ser presentada por todos los miembros de los órganos de representación de la sociedad (§ 18 InsO).

En cuanto al nacimiento del deber, de manera minoritaria se considera que surge cuando el administrador *tuvo conocimiento efectivo de la situación (positive Kenntnis)*⁸⁹⁵. En

⁸⁹¹ El deber de promover el proceso concursal se desplazó a la InsO por la *Gesetz zur Modernisierung des GmbH-Rechts und zur Bekämpfung von Missbräuchen* (MoMiG) (2008).

⁸⁹² El nuevo § 15a InsO es, esencialmente, igual al los párrafos derogados de la GmbHG y la AktG. Al respecto de la reforma, SCHMIDT, K., «La reforma alemana de la sociedad de responsabilidad limitada: también una reforma del derecho concursal», *RDCP*, 10/2009, p. 405. Sin embargo, se puede observar cómo la doctrina ha prestado especial atención, de manera tradicional, a la responsabilidad derivada del incumplimiento del deber de solicitud de concurso en el ámbito de la GmbH, lo que, probablemente, se derive de la preponderancia de estas sociedades en el espectro económico alemán (cfr. SCHMIDT, K., «Derecho de sociedades y derecho concursal en Alemania –problemas de organización en sociedades anónimas insolventes–», *RDCP*, 5/2006, p. 339).

⁸⁹³ **§ 15a InsO.- Antragspflicht bei juristischen Personen und Gesellschaften ohne Rechtspersönlichkeit**

(1) Wird eine juristische Person zahlungsunfähig oder überschuldet, haben die Mitglieder des Vertretungsorgans oder die Abwickler ohne schuldhaftes Zögern, spätestens aber drei Wochen nach Eintritt der Zahlungsunfähigkeit oder Überschuldung, einen Eröffnungsantrag zu stellen. (...)

⁸⁹⁴ Nos remitimos al respecto del presupuesto objetivo del concurso en la InsO a lo expuesto en la Parte Primera, Capítulo I, B, 1.1.

⁸⁹⁵ ULMER, P., «Konkursantragspflicht bei Überschuldung der GmbH und Haftungsrisiken bei Konkursverschleppung», *KTS*, 4/1981, pp. 483-485; SCHULZE-OSTERLOH, J., «Grenzen des Gläubigerschutzes bei fahrlässiger Konkursverschleppung», *AG*, 6/1984, p. 145.

cambio, la doctrina mayoritaria entiende que la *responsabilidad surge cuando el administrador no se percata, de manera culposa, de la existencia de indicios reconocibles de la existencia de crisis*⁸⁹⁶.

En el específico caso de que el órganos compuestos por una pluralidad de miembros, debe existir una organización interna previa que permita a cada miembro conocer la concurrencia de la situación de insolvencia y por consiguiente, los presupuestos para promover el proceso concursal. Ahora bien, la existencia de un reparto interno de tareas (*interne Aufgabeverteilung*) no exonera a los administradores no encargados del área financiera de su deber de iniciar el proceso concursal⁸⁹⁷. El deber de promoción del proceso concursal es un deber que pesa individualmente sobre cada administrador⁸⁹⁸.

Tradicionalmente, la doctrina y jurisprudencia dominante en Alemania defendía que el incumplimiento del deber de promover tempestivamente el concurso generaba una serie de daños que podían ser indemnizados a través de varias acciones⁸⁹⁹. Por una parte, se consideraba que el incumplimiento de los deberes de promoción del proceso concursal y conservación de la masa (al que se hará referencia posteriormente), como manifestación del incumplimiento del deber general de diligencia, podían producir, de concurrir los restantes elementos, el nacimiento de responsabilidad societaria (*Innenhaftung*)⁹⁰⁰.

Además, se admite la posible exigencia de responsabilidad a los administradores por parte de los acreedores (*Haftung gegenüber Dritten*), al considerarse el deber de solicitar la apertura del concurso ley de protección en el sentido del § 823.2 BGB a favor de los acreedores⁹⁰¹.

Sin embargo, desde finales del siglo pasado se produce una evolución en la comprensión del deber por parte de la doctrina y la jurisprudencia, entendiéndose el

⁸⁹⁶ Por todos, UHLENBRUCK, W., «Die Bedeutung des neuen Insolvenzrechts für GmbH-Geschäftsführer (I)», *GmbHR*, 1999, p. 319.

⁸⁹⁷ HAAS, U., «Fragen zur Insolvenzverschleppungshaftung des GmbH-Geschäftsführers», *NZG*, 9/1999, p. 373; UHLENBRUCK, W., «Die Bedeutung des neuen Insolvenzrechts für GmbH-Geschäftsführer», *GmbHR*, 1999, p. 322.

⁸⁹⁸ Por todos, LUTTER, M., «Haftungsrisiken...», *cit.*, p. 332.

⁸⁹⁹ Desde 1959 no cabe duda que el incumplimiento de la obligación de iniciar tempestivamente el proceso concursal es norma de protección en el sentido del § 823.2 BGB. Por todos, SCHMIDT, K., «§ 64», en AAVV, *Scholz Kommentar zum GmbH-Gesetz*, Band 1, 9. Auflage, Otto Schmidt, Köln, 2002, p. 3578.

⁹⁰⁰ Por ejemplo, CASPER, M., «§ 64», ULMER, P. (Hrsg.), *Großkommentar GmbHG*, Mohr Siebeck, 2010 (Ergänzungsband MoMiG), p. 666.

⁹⁰¹ Por todos, SCHMIDT, K., «§ 64», *op. cit.*, pp. 3578-3579.

inicio del proceso concursal no como una simple exigencia formal que impone la solicitud del procedimiento dentro de un plazo legalmente determinado, sino como un deber más complejo que cuya finalidad es evitar que terceros entren en contacto negocial con sociedades abocadas a un proceso concursal⁹⁰². Al no tratarse simplemente de un deber de promover el concurso sino de un deber de evitar que la sociedad permanezca en tales condiciones en el tráfico –sin disolverse ni adoptar medidas de saneamiento-⁹⁰³, la responsabilidad derivada de su incumplimiento no se vincula al hecho mismo de la solicitud extemporánea o ausencia de la misma, sino a la continuación de la actividad empresarial⁹⁰⁴. A *contrario sensu*, este enfoque permitiría, incluso, considerar que el deber se incumple si, antes de vencerse el plazo legalmente determinado, se hace patente lo irreversible de la situación⁹⁰⁵. Pero, además, esta interpretación apuntala la distinción entre los denominados *Altgläubiger* (los que eran acreedores con anterioridad al momento en que nace el deber de iniciar el proceso concursal) y los *Neugläubiger* (quienes devienen acreedores con posterioridad)⁹⁰⁶, al tratarse de acreedores que nunca hubieran contratado con la sociedad si el fin que persigue la norma de “expulsión” de sociedades en crisis se hubiera producido⁹⁰⁷, por lo que su daño no es reflejo, sino directo, y, en consecuencia, individualmente exigible⁹⁰⁸.

⁹⁰² Por ejemplo, se expone en la sentencia BGH 6.6.1994 que «[d]er Normzweck der gesetzlichen Konkursantragspflichten besteht darin, konkursreife Gesellschaften mit beschränktem Haftungsfonds vom Geschäftsverkehr fernzuhalten, damit durch das Auftreten solcher Gebilde nicht Gläubiger geschädigt oder gefährdet werden». Se puede encontrar un comentario de esta sentencia en ZIP, 14/1994, pp. 1103-1112, de donde se extrae el texto reproducido.

⁹⁰³ Por todos, SCHMIDT, K., «§ 64», *cit.*, pp. 3554-3557.

⁹⁰⁴ SCHMIDT, K., «Insolvenzordnung und Gesellschaftsrecht», ZGR, 4/1998, pp. 655-656, se refiere al incumplimiento por acción, como opuesto al incumplimiento por omisión del deber de solicitud de concurso («Die „Verletzung der Insolvenzantragspflicht“ wird durch positives Tun begangen, nicht durch Unterlassen»). Con jurisprudencia en este sentido, BACHNER, T., *op. cit.*, p. 317.

⁹⁰⁵ Cfr. SCHMIDT, K., «§ 64», *cit.*, pp. 3559, 3561-3562. En palabras del citado autor, «[d]ie Dreiwochenfrist ist keine Antragspflicht im verfahrensrechtlichen Sinne. Sie konkretisiert nur die Organpflichten und den Fahrlässigkeitsmaßstab».

⁹⁰⁶ En el contexto de los contratos de duración (*Dauerschuldverhältnis*) concluidos con anterioridad a la aparición de la insolvencia pero que se prolongan con posterioridad a ese momento, cuya rescisión fuera, como regla general, posible por la aparición de la insolvencia, se considerará al acreedor como nuevo desde el momento en que la rescisión fuera posible (HAAS, U., «Fragen zur Insolvenzverschleppungshaftung...», *cit.*, p. 375).

⁹⁰⁷ Con ulteriores referencias, HAAS, U., «Fragen zur Insolvenzverschleppungshaftung...», *cit.*, p. 376.

⁹⁰⁸ Con claridad en BORK, R., «Haftung des GmbH-Geschäftsführers wegen verspäteten Konkursantrags», ZGR, 3/1995, pp. 523-524: «Das wird zwar nicht begründet, ist aber richtig. Es liegt auch hier in der Konsequenz des neuen Ansatzes, von der Gesamtschadensliquidation abzurücken. Es handelt nicht mehr nur um einen „Reflexschaden“, der aus der Masseverkürzung resultiert, sondern um einen „Individualschaden“, der mit der Masseverkürzung nichts zu tun hat und deshalb -genau wie

El daño indemnizable que sufren los *Altgläubiger* se identifica con la aminoración de su cuota concursal (*Quotenschaden*) producida por el retraso en el inicio oportuno del proceso⁹⁰⁹, es decir, la diferencia entre lo realmente percibido y lo que se habría percibido si se hubiera producido un *inicio oportuno del proceso* («*rechtzeitig das Insolvenzverfahren eingeleitet*»)⁹¹⁰. Se trata de una acción promovida por el administrador concursal (como también sucede con la acción propia de la sociedad por incumplimiento del deber de conservación del patrimonio de responsabilidad) para la que los acreedores sólo estarían legitimados en el caso de que no se iniciase el procedimiento por falta de masa⁹¹¹. En consecuencia, siempre y cuando se inicie el procedimiento, la recuperación obtenida por el resarcimiento total de este tipo de daños (*Gesamtschaden*, cfr. § 92 InsO) beneficia a la masa, incrementando proporcionalmente la cuota de los acreedores⁹¹².

Por otra parte, se considera que los denominados *vertraglichen Neugläubiger* (nuevos acreedores contractuales) nunca habrían contratado con la sociedad de haberse iniciado el procedimiento, o, al menos, no lo habrían hecho en las mismas condiciones. Por tanto, se entiende que deben ser indemnizados por el *interés negativo*, es decir, situados en la misma posición en que se encontrarían si hubieran conocido la situación de crisis concursal societaria⁹¹³. A diferencia del caso anterior, en este supuesto la legitimación para el ejercicio de la acción corresponde al acreedor individualmente considerado y no al administrador concursal, ya que no se reclama un daño derivado de la reducción de la masa concursal por la dilación en el inicio del procedimiento sino un *daño directo o individual cuyo origen se encuentra en haber contratado con una sociedad cuyo estado de crisis no se manifiesta por un comportamiento culpable de sus administradores*⁹¹⁴.

(möglicherweise konkurrierende) Ansprüche aus c.i.c. oder 826, 823 Abs. 2 BGB i. V. m. 263 StGB- vom Gläubiger selbst geltend werden kann».

⁹⁰⁹ Por todos, DAUNER-LIEB, B., «Die Berechnung des Quotenschadens», *ZGR*, 3/1998, p. 618.

⁹¹⁰ HAAS, U., «Fragen zur Insolvenzverschleppungshaftung...», *cit.*, p. 375.

⁹¹¹ Así, por ejemplo, LUTTER, M., «Gefahren persönlicher...», *cit.*, p. 134.

⁹¹² CASPER, M., «Liability of the Managing Director and Shareholder in the GmbH (Private Limited Company) in crisis», *German Law Journal*, 9/2008, p. 1138

⁹¹³ HAAS, U., «Fragen zur Insolvenzverschleppungshaftung...», *cit.*, p. 376, puntualiza que resulta indiferente quién hubiera concluido el contrato por parte de la sociedad, ya que, de haberse iniciado el procedimiento de manera oportuna, no habría existido la posibilidad de concluir tal contrato, al menos en los mismos términos.

⁹¹⁴ Ampliamente, DAUNER-LIEB, B., *op. cit.*, pp. 628-629, quien expone su reticencia por la legitimación individual de los *Neugläubiger*, por varios motivos, entre los que destaca la desventaja de la que parte el

Evidentemente, para evitar que se produzca un enriquecimiento injusto del acreedor se deberá descontar de la cantidad solicitada en concepto de indemnización por el interés negativo la cuota concursal que se fuera a percibir con cargo a la masa. Es doctrina mayoritaria que no es necesario esperar a la finalización del proceso para realizar tal reclamación, detrayendo la cantidad que, previsiblemente, se recibirá del concurso (cuota a detraer que, en el caso de los acreedores no garantizados, muchas veces será igual a cero)⁹¹⁵.

El encaje de los *deliktischen Neugläubiger* (nuevos acreedores extracontractuales) en el esquema planteado tampoco está exento de polémica. Por una parte, puede entenderse que, en tanto entran en contacto negocial con la sociedad de manera involuntaria, el hecho de que se haya atrasado la solicitud de concurso no debe afectar a su posición, debiendo ser indemnizados simplemente por el daño de cuota, por una parte, porque el inicio del proceso concursal no implica necesariamente que la sociedad hubiera desaparecido del tráfico jurídico, siendo imposible, en consecuencia, que se produjera el daño⁹¹⁶. Otra interpretación defiende que si una de las finalidades que de la norma es la de alejar a sociedades insolventes o sobreendeudadas del tráfico mercantil, los nuevos acreedores extracontractuales deberían también ser indemnizados⁹¹⁷.

En síntesis, la interpretación expuesta del deber de iniciar el procedimiento concursal se considera orientada al cumplimiento de las dos funciones principales del deber: (1) permitir una mejor conservación de los activos societarios en beneficio de los que ya son acreedores de la sociedad (*Verhaltenspflicht zum Schutz des Gesellschaftsvermögens*) e (2) informar al tráfico de la situación de crisis de la sociedad, en protección de los posibles nuevos acreedores (*die dem Insolvenzantrag innewohnende Informationsfunktion*)⁹¹⁸.

administrador concursal, que, en la «guerra» por el rápido acceso a los activos, está limitado por las fases impuestas por el propio proceso.

Sin embargo, como defiende BORK, R., *loc. cit.*, con independencia de la opinión que nos pueda producir la consecuencia, debe defenderse la legitimación del individual del nuevo acreedor, en tanto su daño no es reflejo, sino directo. Afirmando la legitimación individual, entre otros, HAAS, U., «Fragen zur Insolvenzverschleppungshaftung...», *cit.*, p. 378; CASPER, M., «§ 64», en ULMER, P. (Hrsg.), *Großkommentar GmbHG*, Band III: §§ 53 bis 87, Mohr Siebeck, 2008, p. 676.

⁹¹⁵ Por todos, con ulteriores referencias, LUTTER, M., «Haftungsrisiken...», *cit.*, p. 333.

⁹¹⁶ Cfr. HAAS, U., «Fragen zur Insolvenzverschleppungshaftung...», *cit.*, p. 377.

⁹¹⁷ Por ejemplo, BORK, R., *op. cit.*, p. 518.

⁹¹⁸ Por todos, HAAS, U., «Fragen zur Insolvenzverschleppungshaftung...», *cit.*, p. 378; ampliamente en HAAS, U., *Geschäftsführerhaftung...*, *cit.*, *passim*.

Por último, destacar que se entiende que se trata de un deber de *orden público*, por lo que se considera que ni socios ni acreedores pueden liberar al administrador del cumplimiento del mismo, en tanto los intereses que están en juego no son solo los particulares, sino los del tráfico en general.

3.2. El deber de conservación del patrimonio de responsabilidad (*Pflicht zur Erhaltung der Haftungsmasse*) y su incumplimiento: responsabilidad por causación de la insolvencia (*Insolvenzverursachungshaftung*)

El deber de conservación del patrimonio de responsabilidad de la sociedad se regula en los actuales §§ 64 GmbHG y 92.2 AktG. El § 64 GmbHG dispone que los administradores están obligados frente a la sociedad⁹¹⁹ a compensar los desembolsos realizados después del acaecimiento de la incapacidad de pagos o de la constatación del sobreendeudamiento (*Haftung für Zahlungen nach Zahlungsunfähigkeit oder Überschuldung*). Se excluyen los pagos que se realicen con el cuidado de un ordenado empresario. Por el contrario, se mantiene tal obligación en relación con los pagos realizados por los administradores a los socios, si producen la incapacidad de pagos de la sociedad, a menos que esta consecuencia no pudiera ser prevista a pesar de aplicarse el cuidado debido. Por su parte, el § 92.2 AktG establece que después de manifestarse la incapacidad de pagos de la sociedad o de producirse el sobreendeudamiento, el *Vorstand* no podrá efectuar pago alguno, no aplicándose esta norma a los pagos que, a partir de este momento, se correspondan con la diligencia de un gerente ordenado y concienzudo (*ordentlichen und gewissenhaften*). De igual manera que en la GmbHG, esta prohibición sí que afecta a los pagos a realizados a los accionistas siempre que impliquen necesariamente la incapacidad de pagos de la sociedad, a no ser que dicha consecuencia no pudiera ser prevista aplicando la diligencia mencionada.

3.2.1. La situación tradicional en la doctrina

Con anterioridad a las reformas introducidas por la MoMiG, la responsabilidad (hacia la sociedad) en la GmbHG por los pagos realizados con posterioridad al acaecimiento de

⁹¹⁹ La GmbHG establece expresamente, tanto en la redacción derogada como en la actual, que los administradores están *obligados frente a la sociedad* a la compensación de los pagos realizados con posterioridad a la aparición («*Die Geschäftsführer sind der Gesellschaft zum Ersatz von Zahlungen verpflichtet...*»).

la incapacidad de pagos o sobreendeudamiento –a excepción, como ya se ha comentado, de los pagos realizados de manera diligente- se regulaba en el § 64 II GmbHG.

En lo referente a la naturaleza de la obligación de reembolso, la doctrina mayoritaria consideraba que se trataba de una especie de *indemnización por los daños y perjuicios causados al patrimonio*, por lo tanto, los pagos deberían estar relacionados con una disminución efectiva de la masa. En esta línea se decía que la titular de la acción derivada de los pagos era la sociedad, que servía, a su vez, *al interés de la colectividad de los acreedores*. Sin embargo, se argumentó que la conexión de este deber con el deber de promover el concurso [antes de la reforma, § 64 I GmbHG, vigente § 15 a) InsO] –que, como se ha expuesto, se considera norma de protección a favor de la colectividad de acreedores- permitía defender la existencia de responsabilidad externa por incumplimiento del deber de conservación de la masa⁹²⁰.

Otra tesis sostenía que el § 64.2 GmbHG regulaba un *supuesto especial de responsabilidad por daños reconducible al 43 GmbHG*, siendo una norma que pretendería asegurar el *principio de igualdad de trato de los acreedores* mediante la prohibición de pagos injustificados a algunos de ellos, y no tanto, en cambio, una norma que intentara evitar la aminoración de la masa *en sí misma*⁹²¹.

Como ya se ha dicho, de manera similar, aunque no idéntica, el antiguo § 92.3 AktG – en la actualidad, § 92.2-, disponía, en su inciso primero, la prohibición al *Vorstand* realizar pagos con posterioridad a la manifestación de la incapacidad de pagos o sobreendeudamiento. En el segundo inciso se exceptuaban de la prohibición los pagos realizados conforme a la diligencia de un ordenado empresario.

⁹²⁰ Por todos, MEDICUS, D., «Die Aussenhaftung des GmbH-Geschäftsführers», *GmbHR*, 1993, pp. 537-538.

⁹²¹ SCHULZE-OSTERLOH, J., «§ 64. Insolvenzantragspflicht», BAUMBACH, A./HUECK, A., *GmbH-Gesetz*, 18. Auflage, Beck, München, 2006, pp. 1885-1886.

3.2.2. La situación tras la MoMiG. La responsabilidad de los gestores por causación de la insolvencia (*Insolvenzverursachungshaftung*)

Tras la reforma operada por la MoMiG, los nuevos § 64, tercera frase, GmbHG⁹²² y § 92.2, tercera frase, AktG (en conexión con el § 93.3 6º) incluyen, además de la prohibición de pagos arriba expuesta, una expresa prohibición de pagos por los administradores a los socios. Ambas normas, con una redacción casi idéntica (con la salvedad de que en la GmbHG se refiere a los *Geschäftsführer* y *Gesellschafter*, y en la AktG se hace referencia al *Vorstand* y *Aktionäre*), establecen que la misma obligación de compensación a la sociedad por los pagos efectuados incumpliendo el deber de conservación de la masa se aplica a los pagos realizados por los administradores a los socios, siempre que dichos pagos produzcan necesariamente la incapacidad de pagos de la sociedad, salvo que dicha circunstancia no pudiera ser predecible aplicando la diligencia debida por un empresario ordenado⁹²³.

Se denomina *Insolvenzverursachungshaftung* (responsabilidad por causación de la insolvencia) a la responsabilidad de los administradores por los pagos realizados a los socios que conduzcan a la incapacidad de pagos de la sociedad. En línea con la *Existenzvernichtungshaftung* (responsabilidad por destrucción de la existencia de la sociedad), esta responsabilidad nace de la realización de pagos o retiradas de capital que destruyen la base económica de la sociedad⁹²⁴.

La finalidad de esta regulación es proteger a los acreedores al reducir la probabilidad de la insolvencia. De manera distinta a la responsabilidad por retraso en la promoción del proceso concursal (§ 15a InsO en conexión con el § 823.2 BGB), que penaliza el *agravamiento* de la insolvencia (*Insolvenzvertiefungshaftung*) la razón de ser de la

⁹²² En la actualidad, habiendo sido sustraído el deber de solicitud del concurso del § 64.1 GmbHG el párrafo consta de un solo párrafo. En lo referido en el apartado anterior, el contenido es idéntico. Resulta novedoso el deber que se refiere en este apartado.

⁹²³ **§ 64, tercera frase, GmbHG:** «Die gleiche Verpflichtung trifft die Geschäftsführer für Zahlungen an Gesellschafter, soweit diese zur Zahlungsunfähigkeit der Gesellschaft führen mussten, es sei denn, dies war auch bei Beachtung der in Satz 2 bezeichneten Sorgfalt nicht erkennbar»; **§ 92.2, tercera frase, AktG:** «Die gleiche Verpflichtung trifft den Vorstand für Zahlungen an Aktionäre, soweit diese zur Zahlungsunfähigkeit der Gesellschaft führen mussten, es sei denn, dies war auch bei Beachtung der in § 93 Abs. 1 Satz 1 bezeichneten Sorgfalt nicht erkennbar».

⁹²⁴ La *Existenzvernichtungshaftung* o responsabilidad por destrucción de la existencia [de la sociedad], es una construcción jurisprudencial nacida en el contexto de los grupos de empresas cuya finalidad es evitar los abusos de los socios y mantener la continuidad empresarial de la sociedad en interés de los acreedores, imponiendo responsabilidad de los socios, en especial del socio de control, en los casos en que su comportamiento destruya la base económica de la sociedad. Vid. CASPER, M., «Liability of the Managing Director...», *cit.*, pp. 1132-1135.

responsabilidad ahora analizada no está en el agravamiento, sino en la *causación* de la insolvencia (*Insolvenzverursachungshaftung*)⁹²⁵. De esta manera el legislador coordina el Derecho societario con el Derecho concursal, con la finalidad de reforzar la posición de los acreedores adelantando su protección a un estadio previo a la insolvencia⁹²⁶.

Por último, esta regulación plantea una serie de cuestiones interesantes.

En primer lugar, teniendo en cuenta la redacción de la norma («*Die gleiche Verpflichtung trifft die Geschäftsführer/den Vorstand für Zahlungen an Gesellschafter/Aktionäre, soweit diese zur Zahlungsunfähigkeit der Gesellschaft führen mussten...*») es conveniente preguntarse si la misma se aplica también para el caso de que el pago produzca sobreendeudamiento. En principio, la norma hace referencia a la incapacidad de pagos (*Zahlungsunfähigkeit*, se supone que en el sentido del § 17 InsO) y no al sobreendeudamiento (*Überschuldung*, § 19 InsO)⁹²⁷, que quizás no se menciona porque se considera que este supuesto se protege suficientemente mediante las normas reguladoras del deber de mantenimiento del capital y el reembolso de pagos prohibidos. Sin embargo, se puede entender que si la finalidad de la norma es evitar el «pillaje por anticipado» sería necesario ampliar la aplicación de la norma también a este supuesto⁹²⁸.

En segundo lugar, no cualquier pago a los socios causa la incapacidad de pagos. Por tanto, debe haber una *relación de causalidad* entre los pagos y la producción de la insolvencia, no siendo suficiente con la simple causalidad de la *conditio sine que non*. Se considera necesario el recurso a la *teoría de la adecuación de condiciones*, que precisa la existencia de cierta coherencia temporal y factual entre el pago y la aparición de escasez de liquidez. A este respecto, se han ofrecido algunos criterios que pueden aplicarse para considerar *adecuada* la relación de causalidad. Así, como referencia, se puede asumir que *el pago a los socios se considera causalmente adecuado cuando conduce a la insolvencia en un máximo de un año*. Además, para restringir el concepto de causación de la insolvencia, que resulta demasiado amplio, se ha sugerido que sólo

⁹²⁵ CASPER, M., «Liability of the Managing Director...», *cit.*, pp. 1126 ss.

⁹²⁶ *Vid.* SCHMIDT, K., «Reform der Kapitalsicherung und Haftung in der Krise nach dem Regierungsentwurf des MoMiG. Sechs Leitsätze zu § 30 GmbHG-E, § 64 GmbHG-E und § 15 a InsO-E», *GmbHHR*, 20/2007, pp. 1078-1080.

⁹²⁷ En relación con la GmbH, CASPER, M., «§ 64», en ULMER, P. (Hrsg.), *Großkommentar GmbHG*, Band III: §§ 53 bis 87, Mohr Siebeck, 2008, p. 667.

⁹²⁸ CASPER, M., «Liability of the Managing Director...», *cit.*, p. 1129.

se tengan en cuenta aquellos pagos que habrían sido considerados de una relevancia significativa sobre la liquidez de la sociedad para un tercero objetivo según las circunstancias financieras del momento, es decir, aquellos pagos que estuvieran *objetivamente alineados con una estrategia liquidatoria*, no exonerando de la responsabilidad el hecho de que la insolvencia hubiera acaecido igualmente. En la misma línea, pero en sentido inverso, la aparición de cualquier nueva contribución que excluya la causalidad de la insolvencia tampoco es suficiente para evitar la responsabilidad. Sin embargo, si el administrador reconstituye la liquidez de la sociedad, por ejemplo, exigiendo al socio la devolución de las cantidades entregadas con anterioridad a la aparición de la incapacidad de pagos, la incapacidad de pagos posterior no estará causalmente vinculada al pago realizado. Por último, esta responsabilidad no surge cuando la responsabilidad ya existiera *ex § 17 InsO* en el momento en que se realizaron los pagos⁹²⁹.

Por último, la *Insolvenzverursachungshaftung* requiere culpa, que no existe si la incapacidad de pagos no era previsible aplicando la diligencia empresarial debida⁹³⁰. Para la objetivización del estándar de diligencia debida aplicado a este supuesto de responsabilidad específico se debe recurrir al análisis de las circunstancias concurrentes, especialmente, si existió un juicio por parte del administrador de la previsibilidad de las consecuencias perjudiciales del pago y, además, si contaba con la información adecuada para la toma de la decisión⁹³¹.

4. El antecedente francés

El artículo 99 de la Ley de 13 de julio de 1967 introdujo, en línea con la evolución normativa iniciada en 1883⁹³², la *action en comblement de passif*, en una norma que disponía: «*Lorsque le règlement judiciaire ou la liquidation des biens d'une personne morale fait apparaître une insuffisance d'actif, le tribunal peut décider, à la requête du syndic, ou même d'office, que les dettes sociales seront supportées, en tout ou en partie,*

⁹²⁹ CASPER, M., «Liability of the Managing Director...», *cit.*, pp. 1129-1131.

⁹³⁰ CASPER, M., «Liability of the Managing Director...», *cit.*, pp. 1131-1132.

⁹³¹ KNOF, B., «Die neue Insolvenzverursachungshaftung nach § 64 Satz 3 RegE-GmbHG», *DStR*, 2007, pp. 1580-1584.

⁹³² Sobre este desarrollo normativo, GUYON, Y., *Droit des affaires. Entreprises en difficultés. Redressement judiciaire. Faillite*, T. 2, 3ª ed., Economica, Paris, 1991, pp. 413, 415-417.

avec ou sans solidarité, par tous les dirigeants sociaux, de droit ou de fait, apparents ou occultes, rémunérés ou non, ou par certains d'entre eux. (...) Pour dégager leur responsabilité, les dirigeants impliqués doivent faire la preuve qu'ils ont apporté à la gestion des affaires sociales toute l'activité et la diligence nécessaires»⁹³³.

Como se puede observar, la responsabilidad, que será, en principio, solicitada por el síndico, podía ser apreciada de oficio por el tribunal, soportando los administradores la carga de la prueba de la diligencia en la gestión y, en consecuencia, de la ausencia de relación causalidad entre su actuación y la insolvencia de la sociedad⁹³⁴. El reconocimiento de la existencia de una faceta sancionatoria en la norma no impedía que se considerara que se trataba de un régimen especial de responsabilidad por daños⁹³⁵.

Al apreciarse un exceso de rigor en el sistema, se modificó la regulación en un intento de aproximarla a los parámetros tradicionales de la responsabilidad civil, prescindiendo de las presunciones. A tal fin, el artículo 180 de la Ley de 25 de enero de 1985 suprimió la presunción de la existencia de relación de causalidad entre falta de gestión e insolvencia, pasando a disponer la norma: *«Lorsque le redressement judiciaire ou la liquidation judiciaire d'une personne morale fait apparaître une insuffisance d'actif, le*

⁹³³ Esta acción se considera el antecedente de nuestra responsabilidad concursal. Vid. lo manifestado por el prof. ROJO en la Comparecencia de personalidades al objeto de informar sobre el proyecto de ley concursal (Número de expediente 121/000101) y proyecto de Ley orgánica para la reforma concursal, por la que se modifican la Ley orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, y la Ley orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. (Número de expediente 121/000102.), p. 19725: *«Con lejana inspiración en el derecho francés de los años sesenta se dice que cuando el concurso sea calificado como concurso culpable el juez podrá extender total o parcialmente la obligación de cobertura del pasivo a aquellos administradores de hecho, de derecho, liquidadores, etcétera, que hubieran sido causantes de la crisis o que con su conducta hubieran agravado la situación de insolvencia...»* (el énfasis es nuestro).

⁹³⁴ Habla GUYON, Y., *Droit des affaires. Entreprises en difficultés...*, cit., pp. 417-418, de la existencia de una doble presunción: la presunción de que la existencia de una gestión negligente (*présomption de faute*) y la presunción de la relación de causalidad entre la inadecuada gestión y la insuficiencia de activos sociales (*présomption de causalité*).

⁹³⁵ Destacando la faceta sancionatoria, ROBLOT, R., *Traité élémentaire de Droit Commercial*, T. II, 9ª ed., L.G.D.J., Paris, 1981, p. 929: *«La jurisprudence et la doctrine dominantes ont vu là une règle de responsabilité originale qu'il convenait de soumettre au droit commun de l'action en responsabilité, sauf dérogation particulière. La reproduction du principe énoncé par les textes antérieurs impose le maintien de cette analyse. Mais il faut souligner que l'aggravation de ce régime original, déjà sensible avant 1967, est plus nettement marqué encore dans la réglementation nouvelle, que reflète la volonté du législateur de punir les dirigeants poursuivis, autant que de réparer le dommage causé par leurs agissements»*. Poniendo más énfasis en la naturaleza indemnizatoria, GUYON, Y., *Droit des affaires. Entreprises en difficultés...*, cit., p. 417, quien, en relación con la naturaleza de la acción, defiende: *«Il ne s'agit pas d'une conséquence automatique du redressement judiciaire (...). L'obligation de combler le passif suppose une décision librement appréciée par le tribunal, car elle emprunte la plupart de ses traits à la responsabilité civile. Elle n'a pas pour objet de sanctionner un dirigeant incapable ou malhonnête, mais de réparer le dommage subi par le créanciers incomplètement payés en raison de l'insuffisance de l'actif social. Les dirigeants ont souvent commis une faute en laissant se créer une insuffisance d'actif. Ils doivent réparer le dommage que en résulte pour les créanciers»*.

*tribunal peut, en cas de faute de gestion ayant contribué à cette insuffisance d'actif, décider que les dettes de la personne morale seront supportées, en tout ou en partie, avec ou sans solidarité, par tous les dirigeants de droit ou de fait, rémunérés ou non, ou par certains d'entre eux. (...)»*⁹³⁶.

La norma fue derogada por la Ley de 26 de julio de 2005, que estableció dos mecanismos de responsabilidad de los administradores sociales⁹³⁷ de la sociedad en crisis. El primero, la *responsabilité pour insuffisance d'actif*, regulada en los artículos L. 651-1 a L. 651-4 del actual *Code de commerce*, revisa el mecanismo de responsabilidad civil de los administradores sociales ya existente, revisión en la que destaca la referencia a la cobertura de la insuficiencia de activo (*«le montant de cette insuffisance d'actif sera supporté»*), en lugar del pago de las deudas establecido en la regulación anterior (*«les dettes de la personne morale seront supportées»*). Así, en su versión actual, el artículo L. 651-2 I del *Code de commerce* establece: *«Lorsque la liquidation judiciaire d'une personne morale fait apparaître une insuffisance d'actif, le tribunal peut, en cas de faute de gestion ayant contribué à cette insuffisance d'actif, décider que le montant de cette insuffisance d'actif sera supporté, en tout ou en partie, par tous les dirigeants de droit ou de fait, ou par certains d'entre eux, ayant contribué à la faute de gestion. En cas de pluralité de dirigeants, le tribunal peut, par décision motivée, les déclarer solidairement responsables»*⁹³⁸.

Esta responsabilidad permite al tribunal, ante el inicio de la liquidación judicial, imponer a los administradores, cuando haya existido una *faute de gestion* (*«irrégularités significatives ou des insuffisances manifestes dans les opérations ou le*

⁹³⁶ Sobre este régimen de responsabilidad con anterioridad a la reforma de 2005, por ejemplo, SAINT-ALARY-HOUIN, C., *Droit des entreprises en difficulté*, 4ª ed., Montchrestien, Paris, 2001, pp. 714 ss.

⁹³⁷ El art. L. 651-1 dispone: *«Les dispositions du présent chapitre sont applicables aux dirigeants d'une personne morale de droit privé soumise à une procédure collective, ainsi qu'aux personnes physiques représentants permanents de ces dirigeants personnes morales et aux entrepreneurs individuels à responsabilité limitée»*. Aunque en el texto nos referiremos únicamente a los administradores sociales, ha de tenerse en cuenta que el la norma se aplica a todos los gestores referidos en el art. L. 651-1. Sobre cargos incluidos en esta denominación, dependiendo del tipo social, PÉROCHON, F./BONHOMME, R., *Entreprises en difficulté. Instruments de crédit et de paiement*, 8ª ed., Lextenso, Paris, 2009, pp. 648-649.

⁹³⁸ Sobre la reafirmación de la naturaleza indemnizatoria de la norma original en esta redacción, LE CORRE, P.M., *Droit et pratique des procédures collectives*, Dalloz, Paris, 2009, p. 2188: *«L'action en comblement de passif est une action en responsabilité civile délictuelle, à caractère non répressif, solution déjà posée sous l'empire de la loi du 13 juillet 1967, mais exclusivement indemnitaire, ayant pour objet la réparation du préjudice subi par la collectivité des créanciers (...). La loi du juillet 2005 retraduit la nature juridique de l'action en comblement de passif en la traitant dans un chapitre intitulé "de la responsabilité pour insuffisance d'actif". La nature d'action en responsabilité est donc affirmée»*.

suivi de la gestion»)⁹³⁹ que haya contribuido a la generación del pasivo existente, la obligación de soportar, en todo o en parte, por todos o algunos de los dirigentes, en tanto hayan contribuido a la falta gestora generadora del pasivo dicha insuficiencia patrimonial⁹⁴⁰. En caso de existencia de una pluralidad de dirigentes, el tribunal puede, de manera motivada, declarar la responsabilidad solidaria de los mismos (L. 651-2 I *in fine*). La sumas reintegrarán el patrimonio del deudor, redistribuyéndose entre los acreedores proporcionalmente (L. 651.2 IV), sin tener en consideración cualquier preferencia o privilegio⁹⁴¹. La acción prescribe a los tres años desde que se inicia el procedimiento liquidatorio, siendo competente el mismo tribunal que conozca de tal procedimiento (L. 651.2 III)⁹⁴².

La finalidad de la acción es la de imponer a los administradores que hayan cometido determinadas faltas de gestión especialmente graves el resarcimiento (*réparation*) total o parcial de perjuicio sufrido por la persona jurídica, siendo la naturaleza de la acción indemnizatoria⁹⁴³, y se subordina a la existencia de una *faute de gestion ayant contribué à l'insuffisance d'actif*⁹⁴⁴. Así, la norma exige, para la imposición de responsabilidad, los elementos propios de la responsabilidad extracontractual: «*faute, préjudice et lien de causalité*»⁹⁴⁵.

La reforma operada en 2005 introdujo *l'action en obligation aux dettes sociales*, regulada en los artículos L. 652-1 a L. 652-5 del *Code de commerce*. El artículo L. 652-

⁹³⁹ VIDAL, D., *Droit de l'entreprise en difficulté*, 3ª ed., Lextenso, Paris, 2010, p. 320 nota 6.

⁹⁴⁰ Sobre la cuantía a indemnizar, se entiende que: «[i]l suffit que le fait reproché au dirigeant soit l'une des fautes ayant contribué à la réalisation du dommage, peu important qu'elle soit la cause unique ou même principale. La théorie de l'équivalence des conditions trouve à s'appliquer» (LE CORRE, P.M., *op. cit.*, 2009, p. 2204).

⁹⁴¹ Se considera este reparto *contrario a todo fundamento jurídico* («*dénuée de tout fondement juridique*»). Así, GUYON, Y., *Droit des affaires. Entreprises en difficultés...*, cit., p. 426. En el mismo sentido, PÉROCHON, F./BONHOMME, R., *op. cit.*, p. 661.

⁹⁴² Para una práctica síntesis del régimen de la acción, *vid.* VIDAL, D., *Droit de l'entreprise en difficulté*, 3ª ed., Lextenso, Paris, 2010, pp. 320-321.

⁹⁴³ Así, por ejemplo, SAINT-ALARY-HOUIN, C., «La naturaleza de la responsabilidad de los administradores de sociedades sometidos a un procedimiento colectivo», *RDCEP*, 9/2008, p. 352; LE CORRE, P.M., *op. cit.*, p. 2188; PÉROCHON, F./BONHOMME, R., *op. cit.*, p. 645 (quienes consideran que la naturaleza se manifiesta en la terminología utilizada por la Ley: «*La loi de sauvegarde s'y référerait d'ailleurs, non sous le nom de sanctions mais sous celui de responsabilités afin de mettre en exergue l'aspect indemnitaire de ces actions*»).

⁹⁴⁴ PÉROCHON, F./BONHOMME, R., *op. cit.*, p. 654.

⁹⁴⁵ Sobre estos tres elementos, PÉROCHON, F./BONHOMME, R., *op. cit.*, pp. 654-659. Destacamos la el elemento de la relación de causalidad, ya que, precisamente, es uno de los motivos de conflicto en la discusión, en nuestra doctrina, sobre la naturaleza de la acción.

1 I establecía: «*Au cours d'une procédure de liquidation judiciaire, le tribunal peut décider de mettre à la charge de l'un des dirigeants de droit ou de fait d'une personne morale la totalité ou une partie des dettes de cette dernière lorsqu'il est établi, à l'encontre de ce dirigeant, que l'une des fautes ci-après a contribué à la cessation des paiements...*»⁹⁴⁶.

Así, en el supuesto de apertura de un procedimiento de liquidación judicial, el tribunal podía imponer a los administradores el pago de todo o parte de las deudas de la sociedad⁹⁴⁷, siempre que la cesación de pagos se debiera a actuaciones especialmente graves de los administradores (art. L. 652-1). En caso de pluralidad de administradores, la norma hacía mención específica a que el tribunal podía tener en cuenta el comportamiento de cada uno de ellos para la imposición de la responsabilidad así como determinar, de manera motivada, la responsabilidad solidaria de todos (art. L. 652-2). A diferencia de la acción establecida en la *responsabilité pour insuffisance d'actif*, la norma tenía en cuenta las prioridades existentes entre acreedores (art. L. 652-3). Prescribía en igual plazo que la acción arriba estudiada (tres años) (art. L. 652-4), y le resultaban aplicables el resto de normas de la acción por insuficiencia de activo (art. L. 652-5). Sin embargo, esta norma fue derogada por la Ordenanza n° 2008-1345 de 18 de diciembre de 2008.

C. La diligencia gestora en la crisis concursal en España

1. Introducción. El deber general de diligencia en la crisis concursal

Como ya hemos expuesto repetidamente, la aparición de la crisis empresarial no crea un deber de diligencia distinto, sino que modula el deber general de diligencia gestora establecido en la Ley. Lo mismo sucede con la crisis concursal. No crea un nuevo deber de diligencia «concursal», sino que exige de los administradores un cuidado en el desempeño de sus funciones propio de las circunstancias críticas en que la sociedad se

⁹⁴⁶ Se discute la naturaleza de esta acción, aunque de manera mayoritaria se considera que tiene carácter de sanción. Así, LE CORRE, P.M., *op. cit.*, pp. 2230.

⁹⁴⁷ Sobre las deudas que pueden ser exigidas a través de esta acción, entiende LE CORRE, P.M., *op. cit.*, p. 2230: «*comme possible une sanction dépassant le montant de l'insuffisance d'actif, une sanction pouvant englober toutes les dettes de la personne morale (...) et notamment les dettes postérieures au jugement d'ouverture non prises en compte dans le cadre de l'action en responsabilité pour insuffisance d'actif. Le prononcé de l'obligation aux dettes sociales aurait ainsi permis de mettre à la charge du dirigeant fautif toutes les dettes de la personne morale, sans prise en compte des actifs à réaliser, autorisant ainsi un éventuel bonus de liquidation au profit des associés victimes des agissements du dirigeant fautif*».

encuentra⁹⁴⁸. En este sentido, la concreción de qué es un comportamiento gestor diligente en la crisis concursal, se fundamenta en dos pilares. Por una parte, al margen de las actuaciones gestoras concretas que la Ley impone, se deriva del deber general de diligencia gestora a la vez que se induce de la regulación concursal una primera exigencia que ha de regir la actuación: la diligencia debida en la crisis concursal requiere, en primer lugar, evitar la inacción⁹⁴⁹. El administrador está obligado desde que conoce la situación de crisis a realizar, dentro de los límites legalmente establecidos, las actuaciones necesarias para salvaguardar, en la medida de lo posible, los intereses de sociedad, socios y acreedores⁹⁵⁰.

Además, la diligencia gestora exige siempre el cumplimiento del conjunto de deberes legales que pesan sobre los administradores. Como sucede de encontrarse la sociedad en una situación económica de solvencia con respecto a los deberes que la legislación societaria impone, la diligencia gestora exige del buen administrador el correcto cumplimiento en el contexto de la crisis de los deberes que la legislación concursal establece. Una correcta comprensión de los deberes de los administradores en este estadio es requisito previo imprescindible para un adecuado estudio de la responsabilidad concursal.

En concreto, nos detendremos en dos deberes que consideramos reflejan la esencia del cuidado que ha de mantener el administrador: el deber de solicitud de concurso y el deber de conservación de la masa. Como se ha visto, especialmente al estudiar el Derecho alemán, ambos buscan dar respuesta a las que, a nuestro entender, son las principales preocupaciones del legislador concursal, tanto nacional como foráneo: que el inicio del procedimiento concursal no se dilate más allá de lo recomendable, mermando o, incluso, eliminando, las posibilidades de recuperación económica de la sociedad (*la censura de la inacción*) y que la masa activa del concurso se conserve para la mejor satisfacción posible de los acreedores, llegado el caso.

⁹⁴⁸ A nuestro entender, el incumplimiento de este deber es el fundamento último de la calificación como culpable del concurso por actuaciones propias de los administradores de una sociedad de capital. En este sentido, por todos, ALONSO UREBA, A., «La responsabilidad concursal de los administradores...», *cit.*, pp. 507, 534.

⁹⁴⁹ Este requerimiento se comparte, como se ha podido comprobar, por la doctrina foránea analizada en este mismo Capítulo.

⁹⁵⁰ Para nuestra opinión en relación con la composición de intereses, *vid.*, *supra*, Parte Primera, Capítulo II.

2. El deber de solicitar la declaración de concurso en la insolvencia

El deber de solicitar la declaración de concurso⁹⁵¹ —que, como se ha referido a lo largo de la primera parte de este Capítulo, a pesar de no ser monopolio de nuestro ordenamiento, resulta una especialidad que no se encuentra en otras muchas legislaciones— es un tema al que nuestra doctrina concursalista ha prestado especial atención⁹⁵². Tal interés surge no sólo de la *función* que el deber tiene atribuida como mecanismo para evitar los perjuicios que se pueden derivar de que sociedades en situación de insolvencia sigan actuando en el tráfico mercantil, en especial, aunque no únicamente, en relación con los acreedores, contractuales o extracontractuales, de la sociedad⁹⁵³, sino también —y, probablemente, sobre todo— de su vinculación con la

⁹⁵¹ Sobre la génesis de la norma, MORILLAS JARILLO, M.J., «Comentario al artículo 5», en ROJO, A./BELTRÁN, E. (dirs.), *Comentario de la Ley Concursal*, T. I, Civitas, Madrid, 2004, pp. 229-230; PULGAR EZQUERRA, J., «Comentario al artículo 5», en PULGAR EZQUERRA, J./ALONSO LEDESMA, C./ALONSO UREBA, A./ALCOVER GARAU, G. (dirs.), *Comentarios a la legislación concursal (Ley 22/2003 y 8/2003 para la Reforma Concursal)*, T. I, Dykinson, Madrid, 2004, pp. 212-214.

⁹⁵² No se pretende referir aquí todos los trabajos que de una manera u otra, ya sea analizando específicamente el art. 5 LC —de manera independiente o en el marco de alguno de los muchos comentarios que se han realizado a la legislación concursal—, ya sea en su relación con la responsabilidad concursal, se han ocupado de esta cuestión. Sin ánimo de exhaustividad, los que siguen: FERNÁNDEZ-BALLESTEROS, M.A., «Comentario al artículo 5», en FERNÁNDEZ-BALLESTEROS (coord.), *Proceso Concursal Práctico (Comentarios a la nueva Ley Concursal)*, Irgium, Madrid, 2004, pp. 37-44; GONZÁLEZ CARRASCO, M^a.M., «Comentario al artículo 5», en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (coord.), *Comentarios a la Ley Concursal*, vol. II, Tecnos, Madrid, 2004, pp. 81-87; MORA BENAVENTE, M.J., «Concurso voluntario y concurso necesario», en FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, L./SÁNCHEZ ÁLVAREZ, M.^a (coord.), *Comentarios a la Ley Concursal*, Marcial Pons, Madrid, 2004, pp. 104-106; MORILLAS JARILLO, M.J., «Comentario al artículo 5», *cit.*, pp. 229-241; PULGAR EZQUERRA, J., «Comentario al artículo 5», *cit.*, pp. 212-233; SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, J., «Comentario al artículo 5», en SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, J./GUILARTE GUTIÉRREZ, V. (dir.), *Comentarios a la Legislación Concursal*, T. I, Lex Nova, Valladolid, 2004, pp. 191-216; MARÍN DE LA BÁRCENA GARCIMARTÍN, F., *La acción individual...*, *cit.*, pp. 354-363; MACHADO PLAZAS, J., *El concurso de acreedores culpable. Calificación y responsabilidad concursal*, Thomson-Civitas, Madrid, 2006, pp. 145-151; NIETO DELGADO, C., «La calificación del concurso», en MARTÍNEZ SANZ, F. (dir.)/PUETZ, A. (coord.), *Tratado práctico de Derecho concursal y su reforma*, Tecnos, Madrid, 2012, pp. 908-908; SELLER ROCA DE TOGORES, L., *op. cit.*, pp. 62-65; YANES YANES, P., «La calificación del concurso», en PULGAR EZQUERRA, J. (dir.), *El concurso de acreedores. Adaptado a la Ley 38/2011, de 10 de octubre, de reforma de la Ley Concursal*, La Ley, Madrid, 2012, pp. 541-546. Para una exhaustiva revisión de los antecedentes históricos, CERDÁ ALBERO, F., *op. cit.*, pp. 41 ss.

⁹⁵³ Así, por ejemplo, ESTEBAN VELASCO, G., «La acción individual...», *cit.*, p. 201, quien recuerda: «No se pueden trasladar a los terceros que contratan con la sociedad los riesgos de esa situación de crisis conocida o que se debió conocer pero que se oculta o no se hace manifiesta como debía haber sucedido si los administradores hubieran cumplido sus deberes». En el mismo sentido, con interesantes referencia a la doctrina alemana en relación a la distinción entre «nuevos» y «viejos» acreedores, MARÍN DE LA BÁRCENA GARCIMARTÍN, F., *La acción individual...*, *cit.*, pp. 361-363. Al respecto de los acreedores ya existentes y de la vinculación del deber con las normas societarias, SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, J., «Comentario al artículo 5», *cit.*, p. 196.

responsabilidad concursal⁹⁵⁴. Por ello se considera conveniente detenerse en algunas de las cuestiones que sugiere esta norma.

Teniendo en cuenta la delimitación que a lo largo de este trabajo se ha intentado realizar en torno al estado de crisis *en sentido estricto* que se ha ofrecido en el Capítulo Primero de la Parte Primera y que ha guiado y limitado los temas de estudio abordados, nos centraremos, especialmente, en las peculiaridades que presenta –especialmente en relación con el órgano de administración- el deber de solicitud de concurso de una sociedad de capital en situación de insolvencia inminente.

2.1. La solicitud de concurso en situación de insolvencia inminente. Órgano legitimado

Un deudor que atraviese dificultades económicas *puede* solicitar la declaración de concurso no sólo cuando se encuentre en situación de insolvencia actual, sino también cuando la insolvencia sea inminente (cfr. art. 2.2 y 3 LC)⁹⁵⁵. Ahora bien, a diferencia de lo que sucede en el supuesto de la insolvencia actual –donde se impone al deudor el *deber legal*⁹⁵⁶ de solicitar la declaración de concurso en el plazo determinado de dos

⁹⁵⁴ Se aprecia esta conexión, por ejemplo, en PULGAR EZQUERRA, J., «Comentario al artículo 5», *cit.*, pp. 228-233; también destaca la dualidad función-inobservancia, SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, J., «Comentario al artículo 5», *cit.*, pp. 192-193. Ahora bien, para este autor, es importante no considerar la norma del artículo 5 como una «norma preventiva» (pp. 194-195): «El artículo 5.1 de la Ley concursal no es, a diferencia del artículo 2.3 de la Ley concursal, una norma preventiva. Los mecanismos que deben autorizar al deudor, o a sus gestores, anticipar la crisis han de permanecer y, en su caso, ser perfeccionados, dentro de nuestras leyes societarias. El artículo 5.1 de la Ley concursal no apunta a la prevención de una insolvencia futura, sino a la reacción ante una insolvencia actual. Por eso establece un deber y lo somete a un plazo preciso». En el mismo sentido, YANES YANES, P., *op. cit.*, pp. 543-544

⁹⁵⁵ Desde esta perspectiva, como bien señala ROJO FERNÁNDEZ-RÍO, A., «Comentario al artículo 3», en ROJO, A./BELTRÁN, E. (dir.), *Comentario de la Ley Concursal*, T. I, Civitas, Madrid, 2004, p. 199: «En el Derecho español, el deudor tiene el *derecho* a solicitar la declaración del propio concurso. La legitimación del deudor tiene como presupuesto la existencia del derecho. Para que el derecho exista, requiere la Ley que el deudor se encuentre en estado de insolvencia o, al menos la inminencia de dicho estado (art. 2.2 y 3)».

⁹⁵⁶ Deber legal que se manifiesta –aunque tenga una trascendencia mayor, como se observa por su influencia en la determinación del comportamiento debido por el deudor- como *carga procesal*. Al respecto, FERNÁNDEZ-BALLESTEROS, M.A., *op. cit.*, p. 37 nota 1: «en rigor, presentarse en concurso voluntario ex art. 5.1 LC no es una obligación del deudor sino una carga procesal (dando al término carga su significado usual: la necesidad de pasar por las consecuencias perjudiciales que pueden producirse cuando alguien no utiliza las facultades o poderes que el ordenamiento pone a su disposición). Si bien despaño se mira, en el art. 5.1 LC no hay tanto un deber de prestación respecto de otra persona y otras personas (que es lo propio de la obligación) como la necesidad de estar y pasar por los perjuicios de la propia inactividad (sobre todo, pero no exclusivamente, el perjuicio que suponen las consecuencias de la declaración de concurso necesario)». Conforme, matiza SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, J., «Comentario al artículo 5», *cit.*, p. 195: «al deudor se le impone un concreto comportamiento procesal, que pasa por presentar ante el juzgado competente la solicitud de iniciación de su concurso, que deberá ajustarse a lo previsto en el artículo 6 de la Ley concursal. Pero además de una carga procesal, al deudor se le impone un deber que tiene un alcance mayor que el de ser el sujeto obligado a impulsar el procedimiento a partir

meses⁹⁵⁷ desde que conociera o debiera haber conocido su estado de insolvencia⁹⁵⁸ (cfr. art. 5 LC), el legislador, ante una situación de insolvencia inminente *faculta, que no impone*, al deudor a anticipar el inicio del concurso, por la previsibilidad de la concurrencia del presupuesto objetivo del proceso⁹⁵⁹.

Por su parte, el artículo 3.1 LC dispone en su primer párrafo la legitimación para solicitar la declaración de concurso del deudor común y de cualquiera de sus acreedores, así como del mediador concursal en el supuesto de acuerdos extrajudiciales de pagos⁹⁶⁰. En el segundo párrafo del mismo artículo se concreta que, tratándose de una persona

de su insolvencia». Sobre las vicisitudes que se pueden plantear en relación con el cumplimiento del deber, desde la óptica procesal y el comportamiento debido por el deudor, *vid.*, FERNÁNDEZ-BALLESTEROS, M.A., *op. cit.*, p. 40; SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, J., «Comentario al artículo 5», *cit.*, p. 203.

⁹⁵⁷ Sobre el cómputo del plazo, concurriendo o no alguno de los incumplimientos del art. 2.4.4º LC, MORILLAS JARILLO, M.J., «Comentario al artículo 5», *cit.*, p. 240. Con especial referencia a la valoración de la diligencia del deudor empresario en relación con el conocimiento debido de la concurrencia del estado de insolvencia, PULGAR EZQUERRA, J., «Comentario al artículo 5», *cit.*, pp. 217-219. Receloso por su excesiva amplitud, pero admitiéndola en beneficio de la coordinación de la normativa societaria y la concursal, SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, J., «Comentario al artículo 5», *cit.*, pp. 210-211.

⁹⁵⁸ Al respecto, MORILLAS JARILLO, M.J., «Comentario al artículo 5», *cit.*, pp. 238-239 manifiesta: «Aunque la opción legislativa parece haberse decantado por el criterio subjetivo del conocimiento (...) ese subjetivismo no es absoluto porque el artículo (...) no sólo dice “hubiera conocido”, sino también “hubiera debido conocer”, lo que introduce elementos objetivos y, en definitiva, la necesidad de valorar si, atendidas las circunstancias, era o no razonablemente exigible el conocimiento de la situación de insolvencia. La carga de la prueba del conocimiento por el deudor de su estado de insolvencia pesa sobre quien lo alegue (el conocimiento del estado de insolvencia o el incumplimiento por el deudor de su deber), pero se alivia al establecer la Ley Concursal una presunción *iuris tantum* (...). En estos supuestos, será el deudor quien deberá probar que, pese al acaecimiento de alguno de esos hechos, desconocía encontrarse en estado de insolvencia». Entiende SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, J., «Comentario al artículo 5», *cit.*, pp. 208-210, que el inciso «hubiera (...) debido conocer» establece una «presunción [judicial] de que el deudor hubo de conocer su insolvencia [y] opera en todo supuesto, siempre que el hecho a partir del que se deduzca aquella presunción cumpla el requisito de su completa acreditación y de la estrecha relación entre el hecho y el que se quiera deducir». Por su parte, el 5.2 LC dispone «una presunción legal que admite prueba en contrario (...). El hecho presunto será, precisamente, el conocimiento por el deudor de su estado de insolvencia a partir del acaecimiento de los mismos hechos que conforme al artículo 2.4 de la Ley concursal sirven para que cualquiera de los sujetos legitimados solicite el concurso necesario. (...) Al establecerse expresamente la oponibilidad de prueba contra esa presunción, el deudor dispone de la legitimación para desplegar una actividad que le permita cuestionar la relación o enlace entre la presunción de ese conocimiento y el hecho que fundamente esa presunción».

⁹⁵⁹ Por todos, PULGAR EZQUERRA, J., «Comentario al artículo 2», *cit.*, p. 159: «La posibilidad de anticipar en el tiempo la solicitud del concurso, se limita a supuestos de concurso voluntario (...) sobre la base de que nadie conoce menor la situación económica de un deudor que él mismo y, por tanto, es él –en un ejercicio de autoexamen– y no sus acreedores quien puede detectar esa inminencia de insolvencia y solicitar su propio concurso para evitar un ulterior deterioro de la situación económica». Ampliamente, sobre esta cuestión, también PULGAR EZQUERRA, J., «Comentario al artículo 5», *cit.*, pp. 214-215.

⁹⁶⁰ La legitimación del mediador concursal se introduce en la LC por la Ley 14/2013, de 27 de septiembre, de apoyo a los emprendedores y su internacionalización, de BOE 28 de septiembre de 2013 y vigencia desde el 18 de octubre del mismo año.

jurídica, «será competente para decidir sobre la solicitud el órgano de administración o de liquidación»⁹⁶¹.

De la coordinación de esta norma con el referido artículo 2.3 LC se concluiría, al no establecer la Ley mayor precisión, que cuando una sociedad de capital se encuentra en situación de insolvencia, actual o inminente, *la competencia para «decidir sobre la solicitud» de declaración de concurso pesa sobre el órgano de administración o liquidación*⁹⁶², siendo importante destacar que, en principio, la legitimación que la Ley confiere al órgano de administración no se limita al acto de presentación de la solicitud, sino que se extiende al proceso decisorio sobre la conveniencia de la misma⁹⁶³; decisión que adquiere toda su relevancia en el supuesto de insolvencia inminente, precisamente, porque el inicio del proceso aún mantiene un carácter facultativo, a diferencia de lo que ocurre ante la insolvencia actual. En realidad, nada hay que «decidir» cuando la insolvencia es actual. La obligatoriedad del inicio del procedimiento sustrae del órgano

⁹⁶¹ Como expresa con claridad MORILLAS JARILLO, M.J., *El concurso de las sociedades*, Iustel, Madrid, 2004, p. 272: «Competente para decidir sobre la solicitud de concurso se declara igualmente al órgano de liquidación, si se trata de una sociedad disuelta y en liquidación».

No se estudiará la problemática específica que plantea esta cuestión en relación con el órgano de liquidación. *Vid.*, entre otros, *ibidem*, pp. 272-275 (con referencias a la evolución histórica de la legitimación); RONCERO SÁNCHEZ, A., «Comentario al artículo 3», en PULGAR EZQUERRA, J./ALONSO LEDESMA, C./ALONSO UREBA, A./ALCOVER GARAU, G. (dirs.), *Comentarios a la legislación concursal (Ley 22/2003 y 8/2003 para la Reforma Concursal)*, T. I, Dykinson, Madrid, 2004, pp. 177-178; PULGAR EZQUERRA, J., *La declaración...*, cit., pp. 420-421.

⁹⁶² Al respecto, MORILLAS JARILLO, M.J., *El concurso de las sociedades*, cit., pp. 237 ss. [«el órgano de administración tiene capacidad para decidir sobre la solicitud: para tomar la determinación de presentarla o no; y para concretar su contenido, es decir, las peticiones que contenga (...) [l]os administradores son quienes están en mejor disposición de conocer el estado del mercado en el que opera la sociedad, la evolución del negocio (...) y valorar la incidencia de todos estos factores en la situación patrimonial de la sociedad. Parece, por tanto, lógico que expresamente los legitime la LC»]; PULGAR EZQUERRA, J., *La declaración...*, cit., p. 418 [«Del tenor literal del art. 3.1 LC parece derivarse que desde una perspectiva estrictamente concursal, el legislador en la reforma ha querido atribuir al órgano de administración o liquidación no solo la competencia para **presentar la solicitud** de concurso que le correspondería dada su condición de órgano que ostenta la representación judicial y extrajudicial de la sociedad (...) sino, además, para **decidir** sobre su presentación, en principio con independencia del carácter actual (art. 2.2 LC) o inminente (art. 2.3 LC) de la insolvencia y, por tanto, con independencia del carácter obligatorio o facultativo de dicha solicitud, prescindiendo de la necesidad de convocatoria previa de la junta, así como de su acuerdo favorable»]. Entiende la autora, (pp. 418-419) que la atribución de competencia en exclusiva al órgano de administración «desde un planteamiento estrictamente concursal (...) agiliza y facilita notablemente el tratamiento de las crisis económicas». Por su parte, ROJO FERNÁNDEZ-RÍO, A., «Comentario al artículo 3», *cit.*, p. 201, también destaca la que «aunque exista un acuerdo de la junta o asamblea general de socios, la mera certificación de ese acuerdo no será suficiente para que pueda ser admitida a trámite la solicitud presentada. En ese caso, el juez deberá conceder un plazo de justificación o de subsanación, dentro del cual habrá que acreditar la decisión o el acuerdo del órgano de administración».

⁹⁶³ Entre otros, RONCERO SÁNCHEZ, A., «Comentario al artículo 3», *cit.*, pp. 175-176; PULGAR EZQUERRA, J., *La declaración...*, cit., p. 418.

de administración cualquier posibilidad de realizar un juicio valorativo sobre la conveniencia de la solicitud, evaluación que es consustancial al concepto de «decisión».

Sin embargo, mantener a la Junta al margen de la decisión, o, dicho de otro modo, la atribución de competencia en exclusiva al órgano de administración, con independencia del presupuesto objetivo, se ha considerado por parte de nuestra doctrina como inadecuado. Así, a pesar del tenor literal de la Ley⁹⁶⁴, se ha propuesto una interpretación restrictiva del artículo 3.1, fundamentada, en primer lugar, *en la existencia de una vinculación entre la atribución de competencia exclusiva al órgano de administración ex artículo 3.1 II y la imposición de un deber de solicitud de concurso (que se activa sólo en situación de insolvencia actual)*⁹⁶⁵. También se alega las importantes consecuencias que puede acarrear para el devenir societario el inicio de un proceso concursal, por *la posibilidad de desembocar en un procedimiento liquidatorio*, teniendo en cuenta que la LSC establece que es la Junta el órgano competente para acordar la liquidación societaria (cfr. art. 160 h LSC)⁹⁶⁶. Por último, se alude a la *necesaria coordinación de la normativa concursal con la societaria*, en concreto, con el deber de convocatoria de la Junta que ha de acordar la disolución ante la existencia de pérdidas cualificadas⁹⁶⁷. Todos estos argumentos se traducen, a entender de la citada doctrina, en

⁹⁶⁴ Como dice SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, J., «Comentario al artículo 3», en SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, J./GUILARTE GUTIÉRREZ, V. (dir.), *Comentarios a la Legislación Concursal*, T. I, Lex Nova, Valladolid, 2004, p. 146: «La atribución a los administradores de la competencia (...) [s]e trata de una solución legislativa que no admite reparos en lo que se refiere a la certidumbre de su formulación. Se dice qué órgano es competente, y esto indica qué otros órganos no lo son. (...) La literalidad del precepto implica una implícita exclusión de cualquier intervención de la junta». También RODRÍGUEZ ARTIGAS, F., «Comentario a las Disposiciones Finales Vigésima y Vigésima Primera», en PULGAR EZQUERRA, J./ALONSO LEDESMA, C./ALONSO UREBA, A./ALCOVER GARAU, G. (dirs.), *Comentarios a la legislación concursal (Ley 22/2003 y 8/2003 para la Reforma Concursal)*, T. II, Dykinson, Madrid, 2004, p. 1900.

⁹⁶⁵ PULGAR EZQUERRA, J., *La declaración...*, cit., p. 420: «(...) si la legitimación al órgano de administración o liquidación para decidir en exclusiva sobre la solicitud de concurso, encuentra uno de sus argumentos fundamentales en sede concursal en el deber legal de solicitar el concurso, esta argumentación decae cuando dicha solicitud no constituye un deber sino una mera facultad, como acontece en supuestos de insolvencia inminente», aunque como manifiesta la autora «lo que, no obstante no se acoge en el art. 3 LC, en el que no encuentra excepción alguna la regla de competencia en exclusiva de administradores y liquidadores sociales, en conexión con el carácter actual o inminente de la insolvencia».

⁹⁶⁶ RONCERO SÁNCHEZ, A., «Comentario al artículo 3», cit., p. 177; PULGAR EZQUERRA, J., *La declaración...*, cit., pp. 422-423.

⁹⁶⁷ RONCERO SÁNCHEZ, A., «Comentario al artículo 3», cit., pp. 180-183 («en aras a conseguir una coordinación de las normas concursales y societarias y una regulación correcta y completa desde una perspectiva de técnica y política jurídica, hubiese sido conveniente prever en la normativa concursal, junto a la legitimación de los administradores para presentar la solicitud, la necesidad de proceder a la convocatoria de la junta general para posibilitar que los socios acuerden la solicitud de concurso, ratifiquen o rechacen en su caso la presentada por los administradores o adopten medidas alternativas que permitan superar la situación de insolvencia así como, específicamente en los casos de insolvencia inminente, haber configurado el previo acuerdo favorable de la junta general como presupuesto de la

la conveniencia de la intervención de la Junta con anterioridad a la solicitud de declaración de concurso con la finalidad de informar a la Junta General (*rectius*, a los socios) de la situación patrimonial y permitirle decidir sobre la pertinencia de tomar medidas alternativas para la superación de la situación de insolvencia inminente⁹⁶⁸, si bien como se ha señalado, la Ley Concursal no exige acuerdo de la Junta ni ratificación por éste órgano del acuerdo del consejo para admitir la solicitud de concurso voluntario (cfr. art. 6.2 LC)⁹⁶⁹.

En nuestra opinión, una adecuada comprensión de esta cuestión exige plantear diversas hipótesis. En primer lugar, ante una situación de *insolvencia actual*, el deber de solicitud de concurso no deja dudas sobre el carácter imperativo de la misma. Ahora bien, siendo la insolvencia actual (y, de igual manera, si fuera inminente), si el órgano de administración *decide* que la Junta sea convocada⁹⁷⁰ y ésta toma las decisiones

declaración de concurso»). También concluye PULGAR EZQUERRA, J., *La declaración...*, cit., pp. 418-433, tras un amplio análisis de la coordinación societario-concursal, que hubiese sido adecuada una armonización en sede concursal estableciendo «la convocatoria de la Junta como presupuesto de la declaración del concurso en supuesto de insolvencia actual e inminente no pudiendo, además, solicitar los administradores sociales en supuestos de insolvencia inminente (...) el concurso sin previo acuerdo favorable de la Junta General». En una línea similar, JUSTE MENCÍA, J., «Comentario a la Disposición Final Vigésima de la Ley Concursal», BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (coord.), *Comentarios a la Ley Concursal*, vol. II, Tecnos, Madrid, 2004, pp. 2376.

⁹⁶⁸ Incluso en situación de insolvencia actual, propone RONCERO SÁNCHEZ, A., «Comentario al artículo 3», cit., p. 179: «La solución más equilibrada sería, por tanto, legitimar al órgano de administración para solicitar la declaración de concurso en caso de insolvencia actual (incluso incentivándole con medidas sancionadoras) e imponer simultáneamente la exigencia de convocatoria de la junta general de socios (previa o posterior a la presentación de la solicitud pero anterior a la declaración de concurso), de modo que el acuerdo (o falta de acuerdo) de este órgano pudiera ser tomado en consideración por el juez del concurso en orden a decidir sobre la declaración de concurso».

⁹⁶⁹ Cfr. MORA BENAVENTE, M.J., *op. cit.*, p. 103.

⁹⁷⁰ Precisamente, en la insolvencia actual la convocatoria previa encontraría su fundamento en la configuración de un mecanismo que permita otorgar a la Junta la posibilidad de tomar medidas de remoción del estado de insolvencia. Así, RONCERO SÁNCHEZ, A., «Comentario al artículo 3», cit., p. 182 [«la interpretación conjunta de las normas concursales y societarias permite concluir que, con carácter general, concurriendo una situación de insolvencia el órgano de administración será el competente para decidir (...) si bien deberá proceder a la convocatoria de la junta general para someter a ésta la aprobación de un acuerdo sobre la presentación de la solicitud de declaración de concurso o de adopción de medidas alternativas que permitan superar la situación patrimonial. En cualquier caso, la exigencia de convocatoria de la junta general no debe entenderse como presupuesto para proceder a la declaración del concurso, sino únicamente como un requisito cuya finalidad es ofrecer a los socios la posibilidad de adopción de medidas (...) de este modo, el juez del concurso podría proceder a proveer sobre la solicitud de declaración de concurso presentada por los administradores de una sociedad aunque no se acredite la convocatoria de la junta general, sin perjuicio de que la falta de ésta pueda generar la correspondiente responsabilidad de los administradores sociales frente a la sociedad, socios y terceros. Aunque estemos de acuerdo en que la convocatoria previa puede resultar positiva en ese sentido, no consideramos que sea posible interpretar como imperativa la convocatoria de una Junta previa, ni siquiera por coordinación del a normativa societaria y concursal. En situación de insolvencia actual serán los administradores los encargados de, desplegando la diligencia debida, valorar la conveniencia de realizar una convocatoria previa, ello, *siempre y cuando los plazos lo permitan*»].

adecuadas para la eliminación de la insolvencia, no habrá lugar a la solicitud de concurso, por inexistencia del presupuesto objetivo con posterioridad a la ejecución de las medidas⁹⁷¹. Ello teniendo en cuenta que si finalmente la situación de insolvencia persiste (en el supuesto de que fuera actual), la intervención de la Junta no podrá ser alegada para justificar una declaración intempestiva del concurso⁹⁷².

Distinto es si la diligencia debida por los administradores exige de ellos *que hubieran informado a la Junta antes de que la situación fuera crítica*, lo cual no debe descartarse. Porque una vez que la insolvencia es actual, la legislación concursal ejerce una suerte de *vis atractiva*, dejando los principios societarios de regir a favor de los concursales.

Por otra parte, si la sociedad se encuentra en situación *de insolvencia inminente*, en principio, al no existir deber de solicitud de concurso no se puede argumentar la *vis atractiva* de la legislación concursal. En consecuencia, como ya se ha referido, se ha venido defendiendo la pertinencia de convocar a la Junta, a pesar del literal de la norma⁹⁷³. Sin embargo, entendemos que esta interpretación no tiene en cuenta dos cuestiones: la primera, la especial composición de intereses que se producen en el escenario de crisis que la insolvencia, aún inminente, plantea. Repetidas veces a lo largo de este trabajo se ha argumentado que la crisis empresarial modifica la composición de intereses que, en un escenario de normalidad, han de guiar la actividad gestora de los administradores⁹⁷⁴. Y ello no se puede obviar en este momento. Cuanto más, cuando son precisamente los miembros del órgano de administración los que, en un futuro, pueden ser declarados personalmente responsables por la *agravación de la situación de insolvencia*⁹⁷⁵.

⁹⁷¹ Cuestión más compleja, especialmente desde el punto de vista procesal, es la de la «superación sobrevenida de la insolvencia». El art. 176.1.4º incluye desde la reforma de la LC operada por la Ley 38/2011, de 10 de octubre, de reforma de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal, de BOE de 11 octubre y vigencia desde el 1 de enero de 2012, la inexistencia de la situación de insolvencia como causa de conclusión del concurso. Al respecto, antes de la reforma, PULGAR EZQUERRA, J., «Comentario al artículo 2», *cit.*, pp. 168-170.

⁹⁷² De hecho, manifiesta PULGAR EZQUERRA, J., *La declaración...*, *cit.*, p. 419: «la existencia de un deber legal de solicitar el deudor la declaración de su propio concurso (...) con las consecuencias que el incumplimiento o el cumplimiento retrasado de dicha solicitud conlleva y que, en gran medida, recaen sobre administradores y liquidadores (...) parece abogar a favor del reconocimiento de la competencia exclusiva para decidir sobre la solicitud del órgano de administración o liquidación».

⁹⁷³ PULGAR EZQUERRA, J., *La declaración...*, *cit.*, p. 420.

⁹⁷⁴ En este sentido mismo, SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, J., «Comentario al artículo 3», *cit.*, pp. 147-148.

⁹⁷⁵ Sobre la responsabilidad por agravación de la insolvencia, MARÍN DE LA BÁRCENA GARCIMARTÍN, F., «Responsabilidad concursal», *ADCo*, 28/2013, pp. 145-150.

En segundo lugar, la alegación de que la decisión de liquidación de la sociedad es competencia de la Junta no resulta aplicable, a nuestro entender, salvo que se solicite la liquidación con la solicitud de concurso (cfr. art. 142.1 LC), haciéndose imposible una solución convenida al proceso concursal⁹⁷⁶. El acto que se decide es el inicio del proceso concursal, y no el inicio de un proceso *necesariamente* liquidatorio, especialmente en situación de insolvencia inminente⁹⁷⁷. En consecuencia, entendemos que el órgano competente es el de administración, en cuanto órgano encargado de la gestión societaria⁹⁷⁸, también en la crisis⁹⁷⁹.

⁹⁷⁶ Contra, PULGAR EZQUERRA, J., «A propósito del órgano legitimado en las Sociedades de capital para decidir sobre la solicitud de concurso de acreedores», *RdS*, 24/2005, p. 263: «la Ley reserva expresamente el comienzo del proceso extintivo a la Junta (...) y desde el momento en que, aun cuando el concurso no constituye por sí solo causa de disolución, puede conducir a dicha disolución si en el procedimiento se produjere la apertura de la fase de liquidación (...) –lo que, salvo si el deudor pide con su misma solicitud de concurso la liquidación (...), no puede saberse a priori hasta que concluya la fase común del procedimiento (...)– parece necesaria la convocatoria de la Junta para pronunciarse sobre este extremo».

⁹⁷⁷ De la misma manera que «[l]a declaración de concurso de la sociedad de capital no constituirá, por sí sola, causa de disolución» (art. 361.1 LSC). Al respecto, BATALLER, J., «Comentario al artículo 361», *cit.*, p. 2540: «la declaración de concurso *es un acto neutro respecto a la continuidad de la sociedad*». En este sentido ya se había expresado RODRÍGUEZ ARTIGAS, F., «Comentario a las Disposiciones Finales...», *cit.*, pp. 1900-1901.

⁹⁷⁸ A favor de la consideración de la solicitud de concurso como *acto de gestión*, SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, J., «Comentario al artículo 3», *cit.*, pp. 148-149; relacionándolo con la cuestión de las competencias delegables, en un sentido afirmativo, SALELLES CLIMENT, J.R., «Comentario al artículo 249», *cit.*, p. 1802. En contra, MORILLAS JARILLO, M.J., *El concurso de las sociedades*, *cit.*, pp. 251-252.

⁹⁷⁹ Tampoco es competente la Junta para solicitar la apertura de la liquidación dentro del procedimiento concursal [Junta que, como dispone la LC, se mantiene (art. 48.1), aunque «[l]os acuerdos de la junta o de la asamblea que puedan tener contenido patrimonial o relevancia directa para el concurso requerirán, para su eficacia, de la autorización o confirmación de la administración concursal» (art. 48.2 II *in fine*)]. El art. 142 LC establece los distintos supuestos de apertura de liquidación. En el caso de apertura a solicitud del deudor, se configura tanto una facultad como un deber. El art. 142.1 LC dispone: «El deudor podrá pedir la liquidación en cualquier momento». Por su parte, el art. 142.2 LC establece: «El deudor deberá pedir la liquidación cuando, durante la vigencia del convenio, conozca la imposibilidad de cumplir los pagos comprometidos y las obligaciones contraídas con posterioridad a la aprobación de aquél. Presentada la solicitud, el juez dictará auto abriendo la fase de liquidación». Cfr. RODRÍGUEZ ARTIGAS, F., «Comentario a las Disposiciones Finales...», *cit.*, p. 1901.

Al respecto de la norma, con anterioridad a la reforma operada en 2011 (cuando el artículo 142 delimitaba todos los supuestos en que el deudor *podía* solicitar la apertura de liquidación), BELTRÁN SÁNCHEZ, E., «Comentario al artículo 142», en ROJO, A./BELTRÁN, E. (dirs.), *Comentario de la Ley Concursal*, T. II, Civitas, Madrid, 2004, p. 2299 escribió: «Durante la fase común de tramitación del concurso el concursado tiene, pues, la facultad de solicitar la apertura de la fase de liquidación; pero no un deber de hacerlo, ni siquiera en los casos en que considere que no puede alcanzarse convenio. No dice la Ley cómo deberá realizarse la solicitud de apertura de la liquidación; pero es claro que constituye una declaración de voluntad pura y simple del deudor o, en caso de persona jurídica, de su órgano de administración o de liquidación (arg. *ex* art. 3.1-II), que deberá realizarse por escrito firmado por procurador y abogado (art. 184.2)». Si la legitimación es clara en el supuesto de la *facultad*, aún más en cuanto al *deber legal* que pesa sobre el deudor de solicitud de apertura de la fase de liquidación (art. 142.2). Así, *ibídem*, pp. 2308-2309: «El deber se impone al concursado, de modo que recaerá sobre su persona y, en caso de persona jurídica, sobre el órgano de administración o de liquidación (arts. 3.1. y 42.1)».

Además, en relación con este argumento es necesario plantear como cuestión previa si la competencia de la Junta sobre el inicio del procedimiento disolutorio, desde un punto de vista societario, no deriva, precisamente, de la prioridad que mantiene el interés de los socios sobre el devenir societario⁹⁸⁰, cuestión ésta que, inevitablemente, varía ante la concurrencia del elemento no ya concursal, sino de crisis empresarial. Por el contrario, el hecho de que la sociedad se llegara a liquidar como solución a un proceso concursal no debería interpretarse, en nuestra hipótesis (es decir, intentada la solución convenida del concurso), como una consecuencia de haber iniciado el procedimiento concursal sino como una consecuencia de la situación financiera de la sociedad. Habrá que entender que la liquidación concursal de la sociedad era, en realidad, un final inevitable.

En definitiva, la mera posibilidad de que, en un futuro, constante el proceso concursal, sea conveniente iniciar la liquidación, no es argumento bastante; más bien al contrario, demostraría que la crisis era más grave de lo que parecía. El riesgo de liquidación existe y es consustancial a la crisis societaria. Y, probablemente, ese riesgo sólo se realizará en un momento en que la insolvencia de la sociedad ya sea actual, momento en que el desplazamiento de la competencia decisoria de la Junta ya no se discute.

Por último, en cuanto al argumento relativo a la necesaria coordinación entre la normativa societaria y la concursal –que sólo procederá *cuando concurran la situación de insolvencia y la de pérdidas cualificadas*–, reproducimos, a continuación, por su claridad, lo manifestado por el prof. ROJO en relación con las modificaciones introducidas por las Disposiciones Finales Vigésima y Vigésima Primera de la Ley Concursal a las, en aquel momento, vigentes LSA y LSRL: «Ciertamente, la

⁹⁸⁰ El art. 368 LSC dispone: «La sociedad de capital podrá disolverse por mero acuerdo de la junta general adoptado con los requisitos establecidos para la modificación de los estatutos». Al respecto, vigente la LSA, exponían URÍA, R./MENÉNDEZ, A./GARCÍA DE ENTERRÍA, J., «La sociedad anónima: disolución», en URÍA, R./MENÉNDEZ, A., *Curso de Derecho Mercantil*, T. I, 2ª ed., Thomson-Civitas, Navarra, 2006, p. 1090: «Esta forma de disolución (art. 260.1.1º LSA) es una consecuencia lógica del carácter soberano de la Junta. Lo mismo que la sociedad nace por un acuerdo de los socios, puede disolverse por acuerdo en sentido contrario». Ídem, destacan, en «La sociedad anónima: liquidación», en URÍA, R./MENÉNDEZ, A., *Curso de Derecho Mercantil*, T. I, 2ª ed., Thomson-Civitas, Navarra, 2006, p. 1108 que «este procedimiento de liquidación regulado en la Ley no debe confundirse con la especial liquidación que la Ley Concursal prevé como una de las posibles soluciones en que puede desembocar el concurso», siendo el régimen societario «aplicable a la liquidación de las sociedades que no estén en situación de concurso». En similar sentido, MORILLAS JARILLO, M.J., *El concurso de las sociedades*, cit., pp. 255-256 [(«la atribución a la asamblea de socios de plenas competencias en materia de disolución, liquidación o modificaciones es consustancial a la situación de normalidad patrimonial. Cuando la sociedad está en situación concursal, el poder de decisión deja de estar en las exclusivas manos de la Junta, igual que deja de estarlo en las de los administradores de la sociedad. Deja de estarlo en el sentido de que la libertad de actuación de una y otros guiada por el interés social (entendido como interés de los socios...), cede ante la presencia de otros intereses (los de los acreedores...)»)].

competencia del órgano de administración de una sociedad de capital para solicitar la declaración judicial de concurso de la propia sociedad puede ponerse en duda a la vista de la modificación introducida por la Ley Concursal (...). Pero la interpretación literal de estas normas modificadas (...) debe decaer frente al hecho de que, en el articulado de la Ley Concursal (que es donde propiamente debe tratarse la materia), la regla de la competencia de los administradores y liquidadores no tiene excepción alguna; y debe decaer también, y sobre todo, si se analizan las razones que justificaron la modificación y si se analiza también cuál es el sentido del sistema legal; y ello con independencia de que la insolvencia sea real y efectiva o sólo inminente»⁹⁸¹.

En síntesis, ante un estado de insolvencia actual la cuestión no resulta problemática. Recae sobre el órgano de administración –siempre que sea posible atendiendo al plazo establecido para el cumplimiento del deber de solicitud de concurso- la decisión sobre la conveniencia de convocar la Junta y, sólo en el supuesto de que tras lo acordado en la Junta no persistiera una situación de insolvencia actual, de someter su decisión a lo instruido por ésta⁹⁸².

Sin embargo, el supuesto de insolvencia inminente, a pesar del tenor literal de la norma concursal, plantea mayores dudas. Concurriendo el *estado de insolvencia inminente con situación de pérdidas cualificadas*, defendemos, como se ha expuesto, la convocatoria de Junta en los términos explicados en el capítulo anterior⁹⁸³. En el supuesto de insolvencia inminente, sin concurrencia de pérdidas cualificadas, *el órgano de administración deberá sopesar cuál es el comportamiento diligente, a la vista de las circunstancias, como órgano legitimado legalmente para decidir sobre la solicitud del concurso*. Ello no quiere decir que, normalmente, ante la ausencia de motivo que exija la premura en el inicio del procedimiento, no deba considerarse diligente la convocatoria de la Junta, no sólo para informar de la situación de crisis, sino para permitir a los socios adoptar medidas de remoción de la situación de insolvencia inminente. De la mano de la competencia exclusiva del órgano de administración viene, necesariamente, la posibilidad de exigir resarcimiento del daño que el inicio negligente

⁹⁸¹ ROJO FERNÁNDEZ-RÍO, A., «Comentario al artículo 3», *cit.*, pp. 203-204.

⁹⁸² Cfr. MARÍN DE LA BÁRCENA GARCIMARTÍN, F., *La acción individual...*, *cit.*, pp. 356-358.

⁹⁸³ Cfr. MACHADO PLAZAS, J., *El concurso de acreedores culpable...*, pp. 241-242; JUSTE MENCÍA, J., «Comentario a la Disposición Final Vigésima...», *cit.*, p. 2367. En contra de la diferenciación dependiendo de si concurre situación de pérdidas cualificadas, entendiendo que la coordinación societario-concursal es extensiva al supuesto estrictamente concursal, siendo siempre pertinente la convocatoria de la Junta, RONCERO SÁNCHEZ, A., «Comentario al artículo 3», *cit.*, p. 182.

del procedimiento haya causado a los socios o la sociedad mediante las acciones de responsabilidad de administradores que el Derecho societario dispone.

Entendemos que ésta pueda parecer una interpretación más conflictiva de la norma, pero, desde nuestro punto de vista, respeta la prelación de intereses que la crisis impone, siendo, también, respetuosa con lo establecido tanto por la normativa concursal como societaria.

2.2. Negativa a la solicitud de concurso y diligencia del administrador individualmente considerado

Como se ha expuesto, entendemos que la competencia del órgano de administración para solicitar la declaración de concurso abarca, con la controversia referida, tanto el proceso decisorio como la *legitimación para presentar la solicitud de concurso*. Así, es el órgano de administración –que habrá de adoptar la decisión de la forma debida teniendo en cuenta su estructura⁹⁸⁴ así como la posibilidad de delegar tanto la decisión como la presentación de la solicitud⁹⁸⁵– será el encargado de presentar toda la documentación referida en el artículo 6 LC, además de «certificación acreditativa de la decisión o del acuerdo del órgano de administración»⁹⁸⁶. Todo ello teniendo en cuenta la representación procesal que exige el artículo 184.2 LC.

⁹⁸⁴ Entre otros, MORILLAS JARILLO, M.J., *El concurso de las sociedades*, cit., pp. 241-242; PULGAR EZQUERRA, J., *La declaración...*, cit., p. 430.

⁹⁸⁵ A favor de la posibilidad de delegar la facultad para decidir e instar la declaración de concurso, delegación, MORILLAS JARILLO, M.J., *El concurso de las sociedades*, cit., pp. 244-245 (destacando que «la solicitud de concurso no aparece entre las competencias indelegables», y que «lo que no está prohibido está permitido», al margen de lo que puedan establecer los Reglamentos del Consejo de Administración de la sociedad, si lo tuviere); ROJO FERNÁNDEZ-RÍO, A., «Comentario al artículo 3», cit., pp. 202-203 (destacando que «si la delegación hubiera sido de todas las facultades legalmente delegables, los delegados tendrán facultades para adoptar esa decisión»); SALELLES CLIMENT, J.R., «Comentario al artículo 249», cit., p. 1802 («por una interpretación favorable a la delegación, ha de considerarse delegable la competencia para instar la declaración de concurso, como competencia propia de la administración de la persona jurídica concursada»); PULGAR EZQUERRA, J., *La declaración...*, cit., 431. En contra, SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, J., «Comentario al artículo 3», cit., pp. 154-155. Es más, para MORILLAS JARILLO, M.J., *El concurso de las sociedades*, cit., p. 245, «Nada se opone a la posibilidad de que un representante voluntario presente la solicitud de declaración de concurso acordada o decidida por los administradores, aunque no se entenderá comprendida (...) en un poder general de representación dicha habilitación del apoderado, director, gerente, etc.». La nueva redacción del artículo 249 bis LSC no ha resuelto esta cuestión.

En el supuesto de insolvencia inminente, la competencia resultaría igualmente delegable, a salvo la convocatoria de la Junta, si se considera pertinente su intervención (cfr. art. 249 bis j LSC).

⁹⁸⁶ ROJO FERNÁNDEZ-RÍO, A., «Comentario al artículo 6», en ROJO, A./BELTRÁN, E. (dir.), *Comentario de la Ley Concursal*, T. I, Civitas, Madrid, 2004, p. 250.

En el supuesto de que la administración esté encomendada a un Consejo, nos planteamos cuál es el comportamiento debido por el administrador *individualmente considerado* ante la concurrencia de una situación de crisis concursal. En primer lugar, cuando el administrador lo considere pertinente, *deberá solicitar al Presidente que convoque el Consejo, para decidir de la conveniencia del inicio del proceso concursal*, siendo exigible que lo constituya si el Presidente no lo hiciera, siempre que represente un tercio de los miembros del mismo (cfr. arts. 245 y 246 LSC). Cuando el Consejo no se constituya o cuando, a pesar de constituirse, no se estime la concurrencia del presupuesto objetivo o no se acuerde el inicio del procedimiento concursal, entendemos que el administrador deberá impugnar el acuerdo del Consejo por contrario a la Ley (cfr. arts. 251 y 204.1 I LSC), siendo éste, desde nuestro punto de vista, el único mecanismo de que dispone para salvar su responsabilidad, ya societaria, ya concursal.

Además, desde nuestro punto de vista, y conscientes de los problemas prácticos que ello podría plantear, el legislador debería meditar sobre la conveniencia de articular, para un escenario de insolvencia actual, una mecanismo de legitimación subsidiaria individual del administrador⁹⁸⁷, que le permita solicitar el inicio del procedimiento concursal –a pesar de que el deber de solicitud de concurso se considere un deber orgánico–, cuando el órgano de administración se oponga o, simplemente, permanezca inactivo ante una situación que exija el inicio del procedimiento concursal⁹⁸⁸. Y ello no sólo a los efectos de excluir su responsabilidad, sino para poder alcanzar el fin último que el deber de solicitud del concurso persigue: el inicio tempestivo del procedimiento concursal.

⁹⁸⁷ En la actualidad, tal posibilidad no se admite a diferencia de lo que sucede en relación con el deber de solicitar la disolución judicial. Cfr. PULGAR EZQUERRA, J., *La declaración...*, cit., p. 430; ROJO FERNÁNDEZ-RÍO, A., «Comentario al artículo 3», cit., p. 216 [quien, analiza, además, la posibilidad de legitimar al administrador *ex art. 3.3 LC* (que dispone que «[p]ara solicitar la declaración de concurso de una persona jurídica, están también legitimados los socios, miembros o integrantes que sean personalmente responsables, conforme a la legislación vigente, de las deudas de aquélla») en coordinación con el actual art. 367 LSC. Sin embargo, excluye tal posibilidad en tanto los administradores no son «miembros o integrantes» de la sociedad que gestionan).

Sin embargo, en relación con la hipótesis en la que existiendo dos administradores mancomunados, uno de ellos se oponga a la solicitud de concurso, encontrándose la sociedad en situación de insolvencia actual o inminente, manifiesta SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, J., «Comentario al artículo 3», cit., pp. 151-152: «la admisión depende, en especial, de que se acredite la insolvencia y no debiera denegarse por la falta de la firma de uno de los administradores mancomunados. De hacerse así, nos encontraríamos con la atribución a un administrador mancomunado de un poder de impedir la iniciación del concurso, a pesar de ser consciente de la existencia de una situación de insolvencia actual o inminente».

⁹⁸⁸ Expresamente en contra, MORILLAS JARILLO, M.J., *El concurso de las sociedades*, cit., p. 242, quien, con fundamento en referencias comparadas, afirma que «un administrador aislado [no] puede actuar y asumir la grave responsabilidad de colocar a la sociedad en estado de quiebra», siendo ésta una «tesis que nos parece más ajustada a nuestra LC que legitima al órgano, no a sus miembros».

Al margen de que se pueda integrar la diligencia en la evitación del daño del administrador individualmente considerado recurriendo a la aplicación analógica de las causas de exoneración del artículo 237 LSC (aplicadas a este supuesto, solicitud de convocatoria del órgano de administración para la valoración del inicio del procedimiento y voto a favor en tal reunión)⁹⁸⁹, la gravedad de la situación, así como la «amenaza» de la responsabilidad concursal hacen necesario reflexionar sobre la conveniencia de facultar individualmente al administrador para la solicitud de concurso ante el incumplimiento de un deber legalmente establecido con especial trascendencia frente a terceros. Ello se refuerza por la configuración de la responsabilidad concursal de *imputación individual a cada administrador*.

Especialmente complejo y, desde nuestro punto de vista, sólo resoluble a la vista de las particularidades de cada caso concreto, se plantea el supuesto en que el Consejo considere que es conveniente agotar el plazo legalmente establecido para solicitar el concurso mientras que algún administrador disidente considere que lo apropiado es no hacerlo. En este supuesto, desde un punto de vista teórico, deberemos ser consecuentes con lo establecido en este trabajo y entender que la diligencia puede exigir no agotar el plazo legalmente impuesto. Ahora bien, resulta arriesgado defender que el administrador individualmente tenga el deber o, *de lege ferenda*, se le legitime a iniciar el concurso *en contra de lo acordado por el Consejo*. Aunque creemos que es la única postura consecuente con lo que hemos venido defendiendo, comprendemos que su aplicación práctica pueda resultar impracticable.

Si bien únicamente como ideal, consideramos que la insolvencia inminente debería regirse por las mismas premisas que defendemos para la insolvencia actual, desde un punto de vista práctico resulta, probablemente, inviable. En este caso el derecho del administrador a iniciar el concurso en contra de lo establecido en el Consejo se debería fundamentar no directamente en el deber de solicitar el concurso sino en el general de diligencia, con las modulaciones defendidas para la gestión de la crisis, de una manera similar a lo que acabamos de defender en relación con la posibilidad de no agotar el

⁹⁸⁹ Al respecto, VERDÚ CAÑETE, M.J., *La responsabilidad civil del administrador de sociedad de capital en el concurso de acreedores*, La Ley, Madrid, 2008, pp. 241-242.

plazo de dos meses por parte del administrador individual en contra del acuerdo del Consejo⁹⁹⁰.

Por último, y en contra de la esencia de lo argumentado hasta el momento, se ha alegado, y no deja de ser cierto, que la excesiva anticipación del inicio del procedimiento concursal puede resultar perjudicial para determinados acreedores, en tanto elimina sus posibilidades de ejercitar acciones ejecutivas singulares, resultando especialmente gravoso para los que tendrán la consideración de ordinarios en el concurso⁹⁹¹. Pero ello no excluye que, incluso en una situación de insolvencia inminente (por tanto, sin que exista deber de solicitud del concurso) el inicio del proceso concursal sea la decisión gestora apropiada, aún en defensa no ya de un interés concursal que no se ha activado plenamente, sino de lo que en su momento llamamos *interés social en la crisis*⁹⁹², produciéndose, en un plano ideal, una modificación de la naturaleza de la solicitud, de facultativa a imperativa, no ya con fundamento en el artículo 5 LC sino en

⁹⁹⁰ En Derecho alemán se permite (cfr. § 18.3 InsO) iniciar el proceso concursal de una sociedad en situación de insolvencia inminente sin el acuerdo de todos los miembros del Consejo cuando quien solicita la apertura del proceso ostenta, también individualmente, la representación de la sociedad. Ahora bien, es necesario coordinar esta norma con la establecida en el § 15.2 InsO primera frase, donde se dispone que en el supuesto de que la solicitud no se inste por todos los miembros, deberá ser justificada ante el tribunal y se escuchará a los restantes miembros del órgano [*«Das Insolvenzgericht hat die übrigen Mitglieder des Vertretungsorgans (...) zu hören»*]. Sobre la intención legislativa de evitar el uso abusivo o descoordinado del derecho de solicitud del inicio del proceso concursal en situación de insolvencia inminente por parte de los administradores mediante la exigencia (inicial) de unanimidad de la decisión, *vid.* UHLENBRUCK, W., «Die Bedeutung des neuen Insolvenzrechts für GmbH-Geschäftsführer (I)», *cit.*, pp. 318, 322.

⁹⁹¹ En tal sentido, PULGAR EZQUERRA, J., «Comentario al artículo 2», *cit.*, pp. 162-163, quien ya había expuesto su recelo por considerar que la anticipación no responde a los principios de política jurídica que informaron la reforma concursal en «El presupuesto objetivo de apertura del concurso de acreedores», en GARCÍA VILLAYERDE, R./ALONSO UREBA, A./PULGAR EZQUERRA, J. (dirs.), *Derecho Concursal. Estudio Sistemático de la Ley 22/2003 y de la Ley 8/2003 para la Reforma Concursal*, Dilex, Madrid, 2003, pp. 74-76.

También PULGAR EZQUERRA, J., *La declaración...*, *cit.*, pp. 431-432, relacionando la conveniencia de convocar y reunir a la Junta antes de solicitar el concurso con la posibilidad de que los administradores realicen un uso abusivo de su competencia para iniciar el proceso concursal movidos por un exceso de cautela ante la posible responsabilidad por las obligaciones sociales o la responsabilidad concursal: «En este sentido, los arts. 133 y ss. LSA resultarán previsiblemente de gran utilidad particularmente en supuestos de solicitud prematura del concurso por insolvencia inminente (art. 2.3 LC), sin que la situación económica lo justifique o, aun justificándolo pero sin contemplarse la posibilidad de medidas alternativas cuando el administrador no solo por la finalidad de evitar un ulterior deterioro de la situación económica de la sociedad, sino particularmente por la intención de eludir el régimen de responsabilidad concursal (...) conectado a la calificación del concurso como culpable, entre otros, en supuestos de incumplimiento del deber de solicitar el concurso (...) solicite prematuramente el concurso sin que, como acontece en supuestos de concurso necesario instado por un acreedor se disuada al administrador la eventual oposición de los acreedores a dicha solicitud prevista en la reforma solo a favor del deudor (arts. 18-19 LC) ni las consecuencias vinculadas a una eventual inadmisión a trámite de la solicitud, condena en costas e indemnización de daños y perjuicios previstos de nuevo sólo en supuestos de concurso necesario».

⁹⁹² *Vid., supra*, Parte Primera, Capítulo II.

los artículos 225 y 226 LSC. Comprendemos la dificultad de probar en la práctica esa idoneidad y lo arriesgado de este argumento, que debe ser tomado con suma cautela. Sin embargo, resulta conveniente preguntarse, de admitir esta opción, qué responsabilidad actuaría, si la societaria o la concursal. En principio, la responsabilidad societaria –en el específico escenario de daño directo a tercero, acción individual, de concurrir los restantes elementos- tendría cabida siempre que la solicitud de concurso ante la situación no ya de insolvencia inminente, sino de crisis en general, fuera la actuación adecuada de haber desplegado la diligencia debida.

3. *El deber de conservación de la masa en el mejor interés del concurso*

La exigencia de conservación de la masa activa⁹⁹³ establecida en el artículo 43 de la LC como expresión del traslado a sede concursal de la necesidad de evitar la fructificación de los «incentivo perversos» a los que hicimos referencia en la Parte Primera de este trabajo, buscando mediante la disposición de un deber de protección del patrimonio existente –lo cual manifiesta la exigencia de determinado grado de prudencia- ofrecer a la masa de acreedores de la sociedad la mejor situación posible en el concurso y respetando la *par condicio creditorum*⁹⁹⁴.

El artículo 43 LC comienza estableciendo como parámetro de administración y disposición de la masa activa «su conservación del modo más conveniente para los intereses del concurso», para lo cual la administración concursal podrá solicitar del juzgado el auxilio que precise (art. 43.1 LC). La discrecionalidad de gestión de la masa activa, ya limitada por el elemento conservativo, se ve más acotada en relación con los actos de disposición en el segundo número del artículo analizado, el exigir autorización judicial para cualquier enajenación o gravamen de los bienes o derechos que componen la masa activa hasta la aprobación judicial del convenio o la apertura de la liquidación

⁹⁹³ Conservación que se traduce en la «conservación de su valor», así, MARTÍNEZ FLÓREZ, A., «Comentario al artículo 43», en ROJO, A./BELTRÁN, E. (dir.), *Comentario de la Ley Concursal*, T. I, Civitas, Madrid, 2004, p. 891; TIRADO MARTÍ, I., *op. cit.*, p. 1091; SERRA RODRÍGUEZ, A., *op. cit.*, p. 450, nota 8.

⁹⁹⁴ Analizando las consecuencias en el campo de la responsabilidad de los administradores desde la óptica societaria, por todos, MARÍN DE LA BÁRCENA GARCIMARTÍN, F., *La acción individual...*, cit., pp. 371-372.

Además, entendemos que son de aplicación, *mutatis mutandis*, los principios que fundamentan –aunque institución inserta, al menos formalmente, en el Derecho societario- el *deber de conservación del patrimonio de responsabilidad* (*Pflicht zur Erhaltung der Haftungsmasse*), estudiados, *supra*, Parte Segunda, Capítulo III, B, 3.2.

(art. 43.2 LC)⁹⁹⁵. Sin embargo, se exceptúan de la limitación anterior los actos de disposición indispensables para garantizar la viabilidad de la empresa o la continuidad del concurso (necesidad que la administración concursal habrá de justificar al juez del procedimiento), los actos de disposición de bienes que no sean necesarios para la continuidad de la actividad empresarial del deudor siempre y cuando el valor ofertado «coincida sustancialmente» con el valor dispuesto en el inventario concursal y los actos de disposición «inherentes a la continuación de la actividad profesional o empresarial del deudor, en los términos establecidos en el artículo siguiente»⁹⁹⁶ (art. 43.3 LC).

La redacción originaria del artículo 43.3 LC recogía sólo los actos de disposición inherentes a la continuación de la actividad empresarial. La reforma de la Ley operada en el 2011 introdujo en las dos primeras clases de actos que se han referido. Sin embargo, desde nuestro punto de vista, lo esencial de la norma ha permanecido inalterado. Por una parte, la necesidad de permitir la continuidad del proceso es inherente al mismo. Por otra, los actos necesarios para garantizar la viabilidad empresarial, siempre y cuando dicha viabilidad sea realmente garantizable, estarían ya englobados en los actos originariamente permitidos por necesarios para la continuidad de la actividad empresarial. Por último, la enajenación de bienes ajenos a la actividad empresarial, aunque discutible, se plantea de tal forma que no pueda alterar el valor de la masa activa⁹⁹⁷.

⁹⁹⁵ Sobre el alcance de la limitación a actos de disposición distintos de la enajenación o gravamen, MARTÍNEZ FLÓREZ, A., *op. cit.*, p. 899.

⁹⁹⁶ En palabras de MARTÍNEZ FLÓREZ, A., *op. cit.*, p. 890, «la Ley viene a fijar los límites a la actuación del deudor intervenido y de la administración concursal (...). Ni el concursado ni la administración concursal podrán realizar actos que no se dirijan a la conservación de la masa activa o que, aun dirigiéndose a esa conservación, no se realicen de la forma más conveniente para los intereses del concurso».

⁹⁹⁷ Sin embargo, permitir este tipo de operaciones puede resultar discutible, teniendo en cuenta la exigencia de una gestión conservativa y no liquidatoria, exigencia que esta norma pone en entredicho. Cfr. COLINO MEDIAVILLA, J.L., «Comentario al artículo 43», PULGAR EZQUERRA, J./ALONSO LEDESMA, C./ALONSO UREBA, A./ALCOVER GARAU, G. (dirs.), *Comentarios a la legislación concursal (Ley 22/2003 y 8/2003 para la Reforma Concursal)*, T. I, Dykinson, Madrid, 2004, pp. 614-615. MARTÍNEZ FLÓREZ, A., *op. cit.*, pp. 896-897, antes de la reforma, entendía: «La Ley quiere que la enajenación y el gravamen de los bienes integrantes del patrimonio concursal no se produzcan antes de la aprobación del convenio o de la apertura de la liquidación más que cuando sea necesario para conservar el patrimonio concursal». En la misma línea, MARÍN DE LA BÁRCENA GARCIMARTÍN, F., «Intereses de los socios e interés del concurso durante la tramitación del proceso concursal», en SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, J. (coord.), *Convergencias y paralelismos en el Derecho de sociedades y en el Derecho concursal en el marco Estados Unidos-Unión Europea (III Seminario Harvard-Complutense de Derecho de los negocios)*, Marcial Pons, Madrid, 2006, pp. 131-315, esp. 315 [«el deber de perseguir los intereses del concurso en la fase común consiste en conservar el valor del patrimonio social (y continuar con la actividad empresarial) de la forma más conveniente para mantener la posibilidad de llegar a un convenio»].

En definitiva, el artículo 43 establece un deber de conservación de la masa activa – conservación siempre vinculada a los intereses del concurso⁹⁹⁸- que ha de traducirse en una gestión de la administración concursal o del deudor por ésta intervenido que, permitiendo la continuidad empresarial⁹⁹⁹, garantice la integridad patrimonial¹⁰⁰⁰ (más, quizás, en la línea del *trustee* que del administrador societario)¹⁰⁰¹.

No se pretende en este momento analizar en más detalle el artículo 43, cuestión a la que ya se ha dedicado nuestra mejor doctrina. La idea que se pretende transmitir es bien sencilla: el hecho de que exista un deber de conservación de la masa, a pesar de que se disponga en sede concursal –con las implicaciones que ello tiene y que ya se han expuesto en relación a la composición y priorización de los intereses concurrentes¹⁰⁰²- permite plantear la siguiente cuestión: en tanto el bien jurídico protegido y/o la razón de ser de la norma se encontrara presente no sólo en sede concursal sino también cuando la sociedad se encontrara en estado de crisis en sentido amplio, sería conveniente reflexionar sobre la posibilidad de defender *la extensión de los mismos principios que fundamentan el deber a los periodos preconcursales*, exigiendo una gestión conservativa que evitara las llamadas «huidas hacia adelante».

⁹⁹⁸ MARTÍNEZ FLÓREZ, A., *op. cit.*, p. 891; TIRADO MARTÍ, I., *op. cit.*, pp. 1091-1092.

⁹⁹⁹ Como expresa MARÍN DE LA BÁRCENA GARCIMARTÍN, F., «Intereses de los socios...», *cit.*, p. 316 al hilo del análisis de la coordinación/colisión de los intereses de los socios (y el deber de los administradores de orientar en tal sentido su actividad de gestión) y el interés del concurso (como principio que debe guiar la conservación de la masa), «las conclusiones que se extraigan sobre la finalidad de la administración para el supuesto de suspensión deben ser extrapolables a la mera intervención, ya que son modos distintos, pero alternativos e intercambiables (cfr. art. 40.4 LC), de alcanzar un mismo fin».

¹⁰⁰⁰ Resulta controvertida la cuestión de si esta «administración conservativa» permite realizar actos que, aunque pudieran resultar beneficiosas para el interés del concurso, no se ajustaran a la exigencia legal de mantenimiento del patrimonio concursal. A favor de la interpretación más restrictiva, MARTÍNEZ FLÓREZ, A., *op. cit.*, p. 891. En contra, siempre «a un nivel de riesgo bajo», TIRADO MARTÍ, I., *op. cit.*, p. 1092. Se hace eco de este debate MARÍN DE LA BÁRCENA GARCIMARTÍN, F., «Intereses de los socios...», *cit.*, p. 313, nota 8, que, en línea con la posición del prof. Tirado, añade: «no se trata de contraponer políticas de *overinvestment* frente a políticas de *underinvestment*, sino de conservar para mantener la posibilidad de llegar a un convenio de continuación en la siguiente fase. El aprovechamiento de oportunidades de negocio y la realización de inversiones son inherentes a la continuación de la actividad empresarial».

¹⁰⁰¹ Sobre la comparación de las figuras del *trustee-beneficiary*, *agent-principal* y *director/officer – coporation*, *vid.*, COOTER, R./FREEDMAN, B.J., «The Fiduciary Relationship: its economic character and legal consequences», 66 N. Y. U. L. Rev. 1045 (1991), pp. 1045-1046.

¹⁰⁰² *Vid.*, *supra*, Parte Primera, Capítulo II.

D. La responsabilidad concursal de administradores sociales

1. Sobre la naturaleza de la responsabilidad concursal

1.1. Introducción

Bajo nuestro punto de vista, la responsabilidad del artículo 172 bis LC está vinculada a la idea del daño¹⁰⁰³. De hecho, sólo surge *cuando se produzca la apertura de la liquidación*, es decir, cuando el legislador entiende que el concurso desemboca en su resultado más gravoso para los acreedores¹⁰⁰⁴. Como se argumentará, entendemos que el sistema de responsabilidad concursal establecido se fundamenta más en *el especial daño causado a los acreedores por los administradores* que en la *reprochabilidad de su comportamiento* –lo que, evidentemente, no obsta para que la Ley exija la concurrencia del elemento de la imputación subjetiva-. Y lo entendemos así porque es después de determinada la existencia de este daño especialmente relevante –que, como defenderemos, se relaciona (que no identifica, en tanto cabe la cobertura parcial) con el déficit, a nuestro entender, por una mera cuestión de pragmatismo, facilitando la determinación del mismo- cuando se inicia todo un procedimiento destinado a analizar la concurrencia de los demás elementos propios de la responsabilidad extracontractual: la antijuridicidad, la relación de causalidad-imputación objetiva y la imputación subjetiva.

Sin embargo, como es por todos sabido, la cuestión dista de ser pacífica en nuestra doctrina. La polémica existente en torno a la naturaleza de la responsabilidad concursal quizás se haya visto alimentada por diversos factores (por ejemplo, la comparación/contraposición que se ha hecho de esta responsabilidad con la responsabilidad por obligaciones sociales)¹⁰⁰⁵.

Tampoco ha ayudado la compleja sistematización de la sección de calificación en la Ley (aunque es probable que la materia no permitiera mucha más claridad) que,

¹⁰⁰³ De manera muy expresiva, sostiene RONCERO SÁNCHEZ, A., «Naturaleza y caracteres de la responsabilidad concursal de los administradores de sociedades de capital. (A propósito de la Sentencia de la Sección 15.ª de la Audiencia Provincial de Barcelona de 19 de marzo de 2007)», *RDPC*, 7/2007, p. 154: «en el mencionado supuesto de responsabilidad existe una *conexión genética y funcional* entre responsabilidad y daño» (el énfasis es nuestro).

¹⁰⁰⁴ Además, la novación *ope legis* (cfr. art. 136 LC) de los contratos en el convenio impediría, precisamente, considerar que concurre un daño.

¹⁰⁰⁵ Cfr., sobre la responsabilidad por deudas como posible antecedente o inspiración de esta norma, QUIJANO GONZÁLEZ, J., «La responsabilidad concursal tras la Ley 38/2011 de reforma de la Ley Concursal», *RDPC*, 18/2013, p. 52.

consideramos, añade dificultad a la hora de entender el sistema de responsabilidad concursal *como un todo* la estructuración del mismo¹⁰⁰⁶. La separación sistemática de la calificación culpable del concurso y de la responsabilidad concursal induce, a su vez, a separar el juicio de imputación subjetiva del mecanismo de imputación del daño y, en fin, a complicar el estudio de la institución¹⁰⁰⁷.

Para tratar de aportar, en la medida de lo posible, cierta claridad a la cuestión, tras haber referido la situación en algunos ordenamientos foráneos, recapitularemos el estado de la cuestión en la doctrina y jurisprudencia nacionales. Posteriormente, se procederá a analizar el sistema establecido.

1.2. Evolución normativa

Aproximarse al estudio de la naturaleza de la responsabilidad concursal exige comenzar por analizar la génesis de la norma. A tal fin, se reseñará el trámite legislativo de la norma de responsabilidad de administradores contenida en la Ley concursal, desde su primera redacción hasta la actualidad. El estudio del trámite legislativo permite acercarse a la voluntad del legislador, ofreciendo un válido criterio interpretativo de la norma¹⁰⁰⁸.

¹⁰⁰⁶ Como bien expone MARÍN DE LA BÁRCENA GARCIMARTÍN, F., «Responsabilidad concursal», *cit.*, p. 109: «la principal dificultad técnica que (todavía) plantea la interpretación del artículo 172 bis LC deriva de que se trata de una *norma jurídica incompleta*, pues prevé la consecuencia jurídica (cobertura del déficit) pero guarda silencio sobre qué caracteres debe reunir el comportamiento de los gestores de la persona jurídica cuya insolvencia se haya declarado culpable para que se les atribuya esa obligación y en qué medida».

¹⁰⁰⁷ Un ejemplo de lo que decimos se puede encontrar en la SAP nº 175/2008 de Pontevedra Sección 1ª, de 13 de marzo (AC 2008/1733) que, en su fundamento jurídico séptimo establece, en relación con la declaración de la responsabilidad concursal, que «[l]os presupuestos para que se pueda declarar dicha responsabilidad, material y cuantitativo, dejando a un lado el subjetivo que ahora no se cuestiona, son: a) Que la sección se haya abierto como consecuencia de la apertura de la fase de liquidación; b) Que exista un déficit patrimonial entre el activo del concurso y el pasivo. El cumplimiento de estos requisitos determina el nacimiento de la responsabilidad, sin que sea exigido por la LC ningún elemento propio de una responsabilidad indemnizatoria, como otros elementos subjetivos diversos de los que ya determinaron la calificación como culpable, ni un concreto daño, y un nexo causal entre ambos. (...) De esta forma (...) se articula una particular responsabilidad concursal para aquellos supuestos en que el incumplimiento de los deberes generales dé lugar a la agravación o empeoramiento del estado de insolvencia del deudor por el que actúan. Se articula así una responsabilidad sanción que responde a una doble finalidad. Por un lado sirve para animar y convencer a los implicados en el gobierno de las sociedades al cumplimiento y respeto de las obligaciones que deben cumplirse de forma diligente. Pero además establece las consecuencias anudadas a su infracción en los supuestos con relevancia concursal valorando los intereses en juego, de forma que, en supuestos donde existe más riesgo de que los acreedores concursales puedan ver satisfechos sus créditos, se fija una responsabilidad que afecta al patrimonio propio de los que deben responder de su conducta en la generación o agravación de la insolvencia».

¹⁰⁰⁸ LARENZ, K., *Metodología...*, *cit.*, pp. 508 ss.

El antecedente prelegislativo de la responsabilidad concursal en nuestro Derecho se encuentra en la Propuesta de Anteproyecto de Ley concursal de 12 de diciembre de 1995 encargada al Profesor ROJO por la Sección de Derecho mercantil de la Comisión General de Codificación¹⁰⁰⁹, que en el artículo 213.2 disponía: *«En el caso de que el deudor cuyo concurso hubiera sido calificado como culpable fuese una persona jurídica, la sentencia de calificación podrá contener, además, la condena a los administradores y liquidadores, de derecho o de hecho, o a algunos de ellos, a la cobertura de la totalidad o parte del déficit patrimonial en beneficio de la masa pasiva»*. Esta norma, fundamentada en la *action en comblement de passif*, fue el antecedente inmediato de la contenida en el artículo 171.3 del Anteproyecto de Ley concursal de 7 de septiembre de 2001, donde, sin embargo, la condena se hace *al pago de los créditos de los acreedores*, no a la cobertura del déficit¹⁰¹⁰.

La redacción llega sin modificaciones desde el Anteproyecto de 2001 a la redacción dada por la Ley concursal en 2003, donde la norma de responsabilidad concursal se encontraba en el artículo 172.3 LC, y disponía: *«Si la sección de calificación hubiera sido formada o reabierta como consecuencia de la apertura de la fase de liquidación, la sentencia podrá, además, condenar a los administradores o liquidadores, de derecho o de hecho, de la persona jurídica cuyo concurso se califique como culpable, y a quienes hubieren tenido esa condición dentro de los dos años anteriores a la fecha de la declaración de concurso, a pagar a los acreedores concursales, total o parcialmente, el importe que de sus créditos no perciban en la liquidación de la masa activa»*. Sin embargo, resulta interesante reproducir las enmiendas que se plantearon, aunque no resultaran aprobadas.

La enmienda número 41 de la Sra. Lasagabaster Olazábal del Grupo Mixto, solicitó añadir al final del apartado 3 el siguiente texto: *«Siempre que hubiera actuado con dolo o negligencia en el cumplimiento de sus obligaciones y que exista relación de causa a efecto entre los actos*

¹⁰⁰⁹ Propuesta publicada en el suplemento al Boletín de Información del Ministerio de Justicia nº 1.768, «Materiales para la reforma de la legislación concursal», de 15 de febrero de 1996.

¹⁰¹⁰ Para una síntesis del situación legislativa previa a la elaboración de la Ley concursal, *vid.*, entre otros, GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ, J.A., «Comentario al artículo 172», en ROJO, A./BELTRÁN, E. (dirs.), *Comentario de la Ley Concursal*, T. II, Thomson-Civitas, Madrid, 2004, pp. 2574-2575. Centrándose en los antecedentes tanto nacionales como comparados de la responsabilidad concursal, ALONSO UREBA, A., «La responsabilidad concursal de los administradores...», *cit.*, pp. 510-518. Ampliamente, ALONSO UREBA, A., «La responsabilidad de los administradores de una sociedad de capital en situación concursal (el art. 171.3 del Anteproyecto de la Ley Concursal y sus relaciones con las acciones societarias de responsabilidad)», en GARCÍA VILLAVERDE, R./ALONSO UREBA, A./PULGAR EZQUERRA, J. (dirs.), *Estudios sobre el Anteproyecto de la Ley Concursal de 2001*, Dilex, Madrid, 2002, pp. 266-278.

dolosos o negligentes y la falta de cobro por parte de los acreedores». Su justificación es la que sigue: «En todo nuestro derecho, se exige que la responsabilidad dimanе de dolo o culpa y que la indemnización esté basada en una relación de causalidad entre el daño que se indemniza y la acción dolosa o culposa de la que surge la responsabilidad».

Por su parte, la enmienda número 368 del Grupo Parlamentario Socialista, solicitó diversas modificaciones al artículo 172, entre las cuales destacamos su petición de inclusión en el apartado 3 de un segundo párrafo con el siguiente texto: «La cuantía de la cantidad a pagar será proporcional al daño causado por quienes hubieran producido o agravado el estado de insolvencia». Su motivación es la que sigue: «[...] la redacción de la norma es excesivamente abstracta y, por ello, conviene aclarar que estamos en presencia de una responsabilidad por daños, cuyo presupuesto esencial es el dolo o la culpa grave de quienes hayan producido dicha insolvencia o intensificado los efectos negativos de la misma».

Por último, la enmienda número 558 del Grupo Parlamentario Catalán (CiU), al apartado 3, solicitó la siguiente redacción: «Si la Sección de calificación hubiera sido formada o reabierta como consecuencia de la apertura de la fase de liquidación, la sentencia condenará a los administradores... (resto, igual)... de la declaración de concurso, a pagar a los acreedores concursales el importe que de sus créditos no perciban en la liquidación de la masa activa». Y la justificación es la que sigue: «Con las convenientes adecuaciones en el ordenamiento societario (de las que se dará cuenta al tratar la enmienda a la Disposición Derogatoria Única, apartado 3, ordinales 6º y 7º), la idea rectora de la norma parece acertada e introduce una dosis de moralidad en el mundo de los negocios. Esta responsabilidad de los administradores está netamente inspirada en la “action de comblement du passif social”, recogida en la legislación societaria francesa y belga. Ahora bien, el texto proyectado contiene excesivos elementos indeterminados, que en la práctica se traducirán en atribuir al Juez la espinosa decisión sobre la imposición o no de esta rigurosa sanción y, en caso de imponerla, cuantificar su alcance. O se impone la sanción, en todo caso, o la norma es un brindis al sol o, lo que aún es peor, se contravienen las más elementales exigencias de seguridad jurídica. Si se opta por la sanción, ha de hacerse con todas las consecuencias. Y no se nos oculta que la norma (en el sentido propuesto) estimula la liquidación en detrimento del convenio, puesto que —si hay visos de que el concurso se cualifique como culpable— es obvio que los acreedores preferirán la solución liquidatoria y no aceptarán propuestas de convenio alguna para así poder agredir al patrimonio particular de los administradores o liquidadores, de derecho o de hecho, y que lo sean o hayan sido en los dos años anteriores a la declaración del concurso».

Nada se dijo en el informe de la ponencia de 24 de marzo de 2003 al respecto de esta norma. Tampoco en el dictamen de la comisión de 1 de abril de 2003. Como se comentó, se aprobó por el Pleno del Congreso el 11 de abril de 2003 con el mismo texto del Proyecto de Ley. Las enmiendas en el Senado fueron idénticas a las del Congreso.

El texto de nuevo se mantuvo inalterado tras este trámite parlamentario, publicándose así definitivamente.

En 2011, el Proyecto Ley de Reforma de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal, propuso una modificación de la responsabilidad concursal, incorporando el artículo 172 bis, una norma más amplia que la anterior con la que, puede presumirse, se buscaba dar solución a las controversias generadas por la regulación originaria. El texto propuesto llegó a la Ley 38/2011, de 10 de octubre, de reforma de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal (en adelante, Ley 38/2011), sin prácticamente modificaciones¹⁰¹¹. Finalmente, el artículo 172 bis 1 LC estableció: *«Cuando la sección de calificación hubiera sido formada o reabierta como consecuencia de la apertura de la fase de liquidación, el juez podrá condenar a todos o a algunos de los administradores, liquidadores, de derecho o de hecho, o apoderados generales, de la persona jurídica concursada que hubieran sido declarados personas afectadas por la calificación a la cobertura, total o parcial, del déficit. Si el concurso hubiera sido ya calificado como culpable, en caso de reapertura de la sección sexta por incumplimiento del convenio, el juez atenderá para fijar la condena al déficit del concurso tanto a los hechos declarados probados en la sentencia de calificación como a los determinantes de la reapertura. En caso de pluralidad de condenados, la sentencia deberá individualizar la cantidad a satisfacer por cada uno de ellos, de acuerdo con la participación en los hechos que hubieran determinado la calificación del concurso»*¹⁰¹².

La enmienda número 139 del Grupo Parlamentario Popular en el Congreso (y, posteriormente en el Senado) pretendió «mejorar la redacción del apartado primero del artículo 172 bis», proponiendo la que sigue: «Cuando la sección de calificación hubiera sido formada o reabierta como consecuencia de la apertura de la fase de liquidación, el juez podrá condenar a todos o a algunos de los administradores o liquidadores, de derecho o de hecho, y a los apoderados generales de la persona jurídica concursada *a los que sean imputables los hechos que hubiera*

¹⁰¹¹ Donde el texto del proyecto disponía «administradores, liquidadores o apoderados generales, de derecho o de hecho» el de la Ley estableció «administradores, liquidadores, de derecho o de hecho, o apoderados generales».

¹⁰¹² El apartado VIII, párrafo primero de su Exposición de Motivos, la Ley 38/2011, dispone: «La Ley pretende igualmente precisar el régimen jurídico de algunos aspectos concretos del concurso. Así sucede en primer lugar con la regulación de la responsabilidad de los administradores de las sociedades mercantiles durante el concurso, tratando de armonizar los diferentes sistemas de responsabilidad de administradores que pueden convivir durante su tramitación: la responsabilidad por daños a la sociedad, que ahora habrá de ser exigida necesariamente por la administración concursal, y *la denominada responsabilidad concursal por el déficit de la liquidación, que se mantiene, aunque con importantes precisiones en su régimen jurídico que tratan de resolver los principales problemas que la aplicación ha suscitado en nuestros tribunales*» (el énfasis es nuestro). Como puede observarse, el legislador evita posicionarse al respecto de la naturaleza.

determinado la calificación del concurso, a indemnizar a los acreedores con el pago, total o parcial, del importe que de sus créditos no perciban en la liquidación de la masa activa». Como justificación, se alegó: «La polémica ha de resolverse como apunta la jurisprudencia en el sentido indemnizatorio no sancionador».

La norma ha sufrido una última modificación operada por el apartado veintiuno del artículo único de la Ley 17/2014, de 30 de septiembre, por la que se adoptan medidas urgentes en materia de refinanciación y reestructuración de deuda empresarial, siendo la redacción del primer párrafo artículo 172 bis 1 LC en la actualidad la que sigue: «Cuando la sección de calificación hubiera sido formada o reabierta como consecuencia de la apertura de la fase de liquidación, el juez podrá condenar a todos o a algunos de los administradores, liquidadores, de derecho o de hecho, o apoderados generales, de la persona jurídica concursada, *así como los socios que se hayan negado sin causa razonable a la capitalización de créditos o una emisión de valores o instrumentos convertibles en los términos previstos en el número 4.º del artículo 165*, que hubieran sido declarados personas afectadas por la calificación a la cobertura, total o parcial, del déficit, *en la medida que la conducta que ha determinado la calificación culpable haya generado o agravado la insolvencia».*

1.3. Estado de la cuestión

Desde la entrada en vigor de la Ley concursal en 2003, la naturaleza de la responsabilidad concursal ha sido una cuestión discutida, debatiéndose si se debía entender que la Ley establecía una especie de sanción civil¹⁰¹³ o si, por el contrario, nos encontrábamos ante una norma especial de responsabilidad por daños. Se referirán, a continuación, de manera muy sintética, los argumentos principales en que se fundamentaba cada una de las posiciones.

La tesis que defiende el carácter sancionador de la responsabilidad concursal parte de una comprensión de la responsabilidad desvinculada del daño producido por la generación o agravamiento de la insolvencia, entendiendo el elemento de la *generación o agravación de la insolvencia* sólo como un presupuesto de activación de la posibilidad de imposición de la sanción. Se considera, por el contrario, que de tratarse de una responsabilidad por daños, la norma resultaría innecesaria y superflua, ante la existencia

¹⁰¹³ Sobre el concepto de sanción civil en relación con la responsabilidad concursal, con ulteriores referencias doctrinales y jurisprudenciales, *vid.* VERDÚ CAÑETE, M.J., *op. cit.*, pp. 84-89.

de una disposición que expresamente prevé la indemnización de la masa activa por parte de los administradores (art. 172.2.3º LC), y de un régimen general de responsabilidad de administradores (especialmente, la acción social). Se alega, por último, una concreta intención del legislador al establecer esta responsabilidad: corregir las deficiencias que la aplicación del sistema de responsabilidad general de los administradores planteaba en el contexto concursal¹⁰¹⁴.

Otro sector entiende, en cambio, que nos encontramos ante una norma de responsabilidad civil subjetiva por daños, aunque con especialidades propias del contexto concursal; responsabilidad fundada en la existencia de un daño que se identifica con la generación o agravamiento del estado de insolvencia de la sociedad – que, a su vez, se refleja en un daño indirecto a los acreedores por el importe de sus créditos que resulte impagado-, no necesariamente identificado con la totalidad del déficit –lo que se aprecia al permitirse la condena a la cobertura parcial- y que ha de

¹⁰¹⁴ Por todos, GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ, J.A., *La calificación del concurso*, Thomson-Aranzadi, Navarra, 2004, pp. 179-188 [«en la responsabilidad concursal el origen o empeoramiento del estado de insolvencia es un mero presupuesto que, con independencia de su significado como daño para la sociedad concursada, permite atender a una finalidad distinta, como es el de sancionar la conducta seguida por los administradores, procurando un mecanismo de cobertura del fallido concursal (...). Nuestra experiencia concursal no era, precisamente, satisfactoria en lo que hace a la valoración de las conductas, en particular respecto de los administradores sociales, que se habían seguido con ocasión del estado de insolvencia. El resultado a que conducía la aplicación de aquellas normas generales y de carácter indemnizatorio distaba mucho de los resultados que serían deseables. Por ello, cabe lícitamente entender que la responsabilidad concursal obedece a una finalidad distinta, pues responde a un deseo de moralización de las conductas, a fin de reprimir aquellas que, actuadas con ocasión de la producción o del empeoramiento del estado de insolvencia, pudieran considerarse más graves»]. En similar sentido, FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, L., «La responsabilidad concursal de los administradores de sociedades de capital», en FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, L./SÁNCHEZ ÁLVAREZ, M.Mª (coord.), *Comentarios a la Ley Concursal*, Marcial Pons, Madrid, 2004, p. 715; GUERRERO LEBRÓN, M.J./GÓMEZ PORRÚA, J.M., «La responsabilidad de los administradores de sociedades de capital en situación concursal», en AAVV, *Estudios sobre la Ley Concursal. Libro Homenaje a Manuel Olivencia*, T. II, Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 2005, pp. 1975-1978 [quienes añaden a los citados argumentos (p. 1975) el que la cuantía de la condena se limite al importe de los créditos impagados, porque si el resarcimiento fuera la finalidad de la norma «la condena tendría que abarcar como mínimo la totalidad del crédito no satisfecho, cantidad que en ocasiones podría verse incrementada, dado que los daños y perjuicios ocasionados al acreedor pueden ir más allá del importe del crédito impagado»]; VIÑUELAS SANZ, M., «El problema de la naturaleza de la condena a la cobertura del déficit», *ADCo*, 4/2005, pp. 281-282, 287, 289, 291; MACHADO PLAZAS, J., *El concurso de acreedores culpable...*, cit., pp. 264-270; SEQUEIRA MARTÍN, A./SACRISTÁN BERGIA, F./MUÑOZ GARCÍA, A., «La responsabilidad de los administradores de las sociedades anónimas en situaciones de crisis económica. (La sentencia del Juzgado de lo Mercantil núm. 5 de Madrid de 16 de febrero como pretexto)», *RDCP*, 5/2006, pp. 211-212; VICENT CHULIÁ, F., «La responsabilidad de los administradores en el concurso», *RDCP*, 4/2006, p. 58; ALCOVER GARAU, G., «Aproximación a la naturaleza jurídica de la responsabilidad concursal de los administradores de las sociedades de capital», *RDCP*, 7/2007, p. 93; especialmente ponderado, QUIJANO GONZÁLEZ, J., «Responsabilidad societaria y concursal de administradores: de nuevo sobre la coordinación y el marco de relaciones», *RDCP*, 10/ 2009, pp. 30-31.

Ya antes de la entrada en vigor de la LC, en relación con la Propuesta de Anteproyecto de la Ley Concursal, LLEBOT MAJÓ, J.O., «La responsabilidad de los administradores concursales», *RGD*, 657/1999, p. 7564.

estar causalmente vinculado al comportamiento gravemente culposo o doloso de cada uno de los sujetos considerados responsables¹⁰¹⁵.

Las reformas operadas en la norma –la introducción del inciso «el juez podrá condenar *a todos o a algunos* de los administradores», el retorno (como estaba en el Anteproyecto de 1995) a «*la cobertura, total o parcial, del déficit*», la aclaración en el art. 172 bis 3 de que «[t]odas las cantidades que se obtengan en ejecución de la sentencia de calificación *se integrarán en la masa activa del concurso*», (en lugar de la condena «a pagar a los acreedores concursales, total o parcialmente, el importe que de sus créditos no perciban de la masa activa»), así como la mención en el 172 bis 2 III a la *individualización de la cantidad a satisfacer* por cada uno de los responsables, *dependiendo de su participación en los hechos* que hubieran determinado la culpabilidad del concurso¹⁰¹⁶- tuvieron una influencia limitada en las posiciones preexistentes¹⁰¹⁷.

Los Tribunales (en especial la jurisprudencia menor) tampoco se han mantenido ajenas a la controversia, haciéndose eco de las mismas posiciones contrapuestas defendidas por

¹⁰¹⁵ Por todos, ALONSO UREBA, A., «La responsabilidad concursal de los administradores...», *cit.*, pp. 533-534. En similar sentido, MAMBRILLA RIVERA, V., «Comentario al artículo 172» en SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE/GUILARTE GUTIÉRREZ (dir.), *Comentarios a la Legislación Concursal*, T. III, Lex Nova, Valladolid, 2004, p. 2860; PULGAR EZQUERRA, J., «Comentario al artículo 5», *cit.*, pp. 231-232; SANCHO GARGALLO, I., «Calificación del concurso», en QUINTANA CARLO, I./BONET NAVARRO, A./ GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ, J.A. (dirs.), *Las claves de la Ley Concursal*, Thomson-Aranzadi, Navarra, 2005, pp. 574-575; RONCERO SÁNCHEZ, A., «Naturaleza y caracteres...», *cit.*, pp. 154-158, 162.

Para un completo estudio de esta responsabilidad, definiendo la responsabilidad concursal como «régimen de responsabilidad civil (por daños) con ciertas especialidades, que se manifiestan, sobre todo, en sus presupuestos legales de aplicación» (p. 109-111), VERDÚ CAÑETE, M.J., *op. cit.*, *passim*.

En relación con el Anteproyecto de Ley Concursal, VICENT CHULIÁ, F., «Variaciones mercantiles sobre responsabilidad civil de los administradores y auditores, en vísperas de la unificación concursal», *DN*, 144/2002, p. 2, manifestó en relación con la futura norma de responsabilidad concursal que la norma «prevé que los administradores y liquidadores responderán sólo en caso de culpa y de daño efectivo de los acreedores».

¹⁰¹⁶ Entienden que esta individualización apoya la tesis de la responsabilidad sanción RODRÍGUEZ RUIZ DE VILLA, D./HUERTA VIESCA, M^a. I., *op. cit.*, pp. 732-733. En cambio, para ALONSO UREBA, A., «La responsabilidad concursal del artículo 172 bis LC», en PULGAR EZQUERRA, J. (dir.), *El concurso de acreedores. Adaptado a la Ley 38/2011, de 10 de octubre, de reforma de la Ley Concursal*, La Ley, Madrid, 2012, p. 563, el inciso hace «referencia a la relación de causalidad entre el déficit y la actuación concreta de cada administrador, liquidador o apoderado».

¹⁰¹⁷ Cfr. ALONSO UREBA, A., «La responsabilidad concursal de los administradores...», *cit.*, pp. 589-601; BELTRÁN, E./ GARCÍA-CRUCES, J.A., «Responsabilidad concursal», en BELTRÁN, E./GARCÍA-CRUCES, J.A. (dirs.) *Enciclopedia de Derecho Concursal*, T. II, Thomson-Reuters, Pamplona, 2102, pp. 2634-2637. En cambio, sí que aprecia que las modificaciones legislativas afectan a la interpretación que debe hacerse de la naturaleza de la responsabilidad, QUIJANO GONZÁLEZ, J., «La responsabilidad concursal...», *cit.*, p. 64.

la doctrina¹⁰¹⁸. El Tribunal Supremo parece haber dirigido la cuestión hacia la tesis resarcitoria, desde una transición que se inicia en 2011. En la actualidad, debe considerarse que la posición del Tribunal al respecto de la naturaleza de la responsabilidad concursal es netamente resarcitoria¹⁰¹⁹.

Aún no se puede valorar la influencia que en el debate tendrá la última reforma operada en el artículo por la Ley 17/2014, que incluye al final del 172 bis 1 el inciso que vincula la cobertura total o parcial del déficit a «la medida en que la conducta que ha determinado la calificación como culpable haya generado o agravado la insolvencia». Desde nuestro punto de vista, viene a reafirmar la necesaria vinculación entre el comportamiento gravemente negligente o doloso y el resultado dañoso. Clarifica lo ya intuido al exigir que la sentencia de calificación individualice la cantidad a satisfacer por cada responsable «de acuerdo con la participación *en los hechos que hubieran determinado la calificación del concurso como culpable*».

¹⁰¹⁸ Para un amplio análisis de la jurisprudencia de las Audiencias Provinciales y del Tribunal Supremo, *vid.*, GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ, J.A., «La responsabilidad concursal», en ROJO, A./BELTRÁN E. (dirs.), *La responsabilidad de los administradores de las sociedades mercantiles*, 5ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, pp. 319-328. También, con numerosas referencias, ALONSO UREBA, A., «La responsabilidad concursal del artículo 172 bis LC», en PULGAR EZQUERRA, J. (dir.), *El concurso de acreedores. Adaptado a la Ley 38/2011, de 10 de octubre, de reforma de la Ley Concursal*, La Ley, Madrid, 2012, pp. 590-591.

¹⁰¹⁹ Se podría decir que el inicio de esta transición se manifiesta en la STS nº 56/2011 de 23 de febrero, cuando manifiesta el ponente que «(...) el artículo 172, apartado 3, cuya indebida aplicación se denuncia en el motivo, carece de la naturaleza sancionadora que le atribuye el recurrente, dado que en él la responsabilidad de los administradores o liquidadores sociales - sean de hecho o de derecho - deriva de serles imputable – por haber contribuido, con dolo o culpa grave - la generación o agravamiento del estado de insolvencia de la sociedad concursada (...). En definitiva, tal como ha sido aplicada por la Audiencia Provincial, la mencionada norma cumple una función reguladora de responsabilidad por daño que la aleja del ámbito de aquellas que en el motivo se dicen infringidas». En el mismo sentido, se manifiesta la STS nº 615/2011 de 12 de septiembre. Se debe destacar también la STS nº 644/2011 de 6 de octubre, que habla de «negación de la calificación de la norma del apartado 3 del artículo 172 como sancionadora en sentido estricto». Asimismo, la STS nº 614/2011 de 17 de noviembre, manifiesta: «la norma no es sancionadora porque la responsabilidad de los administradores o liquidadores sociales, sean de hecho o de derecho, que establece el art. 172.3 [desde la Ley 38/2011, (...) el art. 172 bis] deriva de serle imputable el daño que indirectamente fue causado a los acreedores en una medida equivalente al importe de los créditos que no perciban en la liquidación de la masa activa». Una cronología detallada de la evolución del TS puede encontrarse en la SAP Barcelona (Sección 15ª) nº 154/2012 de 23 de abril. Sin embargo, a pesar de no admitirse la naturaleza estrictamente sancionadora, tampoco se manifestaba claramente por la tesis indemnizatoria, lo que se puede comprobar, por ejemplo, en la STS nº 298/2012, de 21 de mayo. El TS, como se aprecia en la STS nº 772/2014, de 12 de enero de 2015, considera que la última modificación normativa debe entenderse como el abandono de «un régimen agravado de responsabilidad civil, cuya función no es penalizar al administrador o liquidador sino proteger los intereses de los acreedores sociales», siendo «la decisión del legislador de modificar el criterio determinante de la responsabilidad concursal e introducir un régimen de responsabilidad de naturaleza resarcitoria, en cuanto que podrá hacerse responsable al administrador, liquidador o apoderado general de la persona jurídica (y, en determinadas circunstancias, a los socios) de la cobertura total o parcial del déficit concursal en la medida que la conducta que ha determinado la calificación culpable haya generado o agravado la insolvencia».

1.4. La naturaleza de la responsabilidad concursal. Toma de posición

Una vez analizados la génesis y la evolución legislativa de la norma así como el estado de la cuestión, procedemos a exponer nuestra posición, o, mejor dicho, nuestro punto de partida. Han sido numerosísimos los autores que han abordado esta cuestión, por lo que no se busca, en este momento, reproducir el debate; tampoco es ésta la finalidad de este trabajo, que ha pretendido ofrecer una visión panorámica y de interconexión de los distintos mecanismos de tutela de terceros que nos ofrece el ordenamiento, específicamente, el Derecho societario y el Derecho concursal. Nos centraremos, por tanto, en aquellas cuestiones en que consideramos podemos contribuir, por poco que sea, no ya a zanjar la polémica cuestión de la naturaleza de la responsabilidad concursal, sino a facilitar la aplicación de la norma.

Sin embargo, es inevitable comenzar por argumentar nuestra posición al respecto de la naturaleza de la norma, antes de proceder al análisis pormenorizado que el sistema de responsabilidad concursal requiere.

Como se ha comenzado diciendo, preguntarse sobre la naturaleza de la norma de responsabilidad recogida en el 172 bis LC es lo mismo que intentar determinar cuál es la finalidad de la misma. Es decir, *qué pretendía el legislador al establecer el sistema de responsabilidad concursal de administradores*. ¿Trataba principalmente de sancionar un comportamiento antijurídico, o buscaba resarcir el daño que un sujeto (u órgano) causa a otro sujeto (o grupo de sujetos)?¹⁰²⁰.

¹⁰²⁰ Como bien señala YZQUIERDO TOLSADA, M., «Responsabilidad extracontractual» (voz), en BELTRÁN, E./GARCÍA-CRUCES, J.A. (dirs.), *Enciclopedia de Derecho Concursal*, T. II, Aranzadi, Pamplona, 2012, pp. 2663-2666, al respecto de la diferencia entre la responsabilidad penal (*stricto sensu*) y la responsabilidad civil, «no existe en el Derecho continental una función punitiva de la responsabilidad civil, al estar la función reservada al Derecho penal y al Derecho administrativo sancionador (...). El modelo latino es el de la función estrictamente resarcitoria de la responsabilidad civil, por más que, de manera secundaria, pueda tener un carácter preventivo». En sentido contrario «no es preciso que concurra ningún daño para que se dé una condena penal». Además, «[e]n la responsabilidad penal la culpabilidad se erige como criterio básico de imputación. Sea cual fuere la reacción penal (...), siempre se tratará de que la sanción sea proporcional a la gravedad de la infracción. No hay responsabilidad sin culpa probada, siendo impensables, por mor del principio de presunción de inocencia, las presunciones de culpa penal. Pero como en el Derecho de la responsabilidad civil no se busca la sanción ni el castigo sino la reparación, no hablaremos tanto de “responsables (en cuanto culpables)” sino de “patrimonios que soporten la responsabilidad”. Si hoy hay quien habla más de “factores de atribución” que de “factores de imputación” (término este que sugiere la idea ya superada de la responsabilidad civil como algo basado exclusivamente en la noción de culpa) es porque en responsabilidad civil no será la culpabilidad sino uno más de los motivos por los que a un patrimonio pueden serle atribuidas las consecuencias de un daño».

Desde nuestro punto de vista, y a pesar de que se pueda alegar la existencia de una función sancionadora en la norma¹⁰²¹, la misma principalmente busca ulteriores patrimonios de responsabilidad distintos al societario para minimizar, en la medida de lo posible, el daño sufrido por los acreedores.

Teniendo en cuenta lo expuesto hasta el momento –especialmente, que la norma foránea que parece haber servido de referencia para la inclusión de la responsabilidad concursal en nuestro ordenamiento se considera de naturaleza indemnizatoria- se partirá de la premisa (más como mecanismo de exposición discursiva que permite, de una manera sencilla, el análisis de manera ordenada de todos los elementos de la responsabilidad que como una posición doctrinal inamovible) de que nos encontramos ante una norma de responsabilidad por daños, que, sin embargo, tiene caracteres propios que deben ser cuidadosamente analizados¹⁰²². Con ese punto de partida, comprobaremos si el sistema previsto por el legislador responde a las exigencias de concepto de la responsabilidad civil por daños, o si, en sentido contrario, a pesar de que nos parece que los antecedentes de la norma nos sitúan, *a priori*, en la órbita de la responsabilidad indemnizatoria, el legislador ha pretendido, en realidad, disponer un verdadero sistema sancionador.

¹⁰²¹ Sobre la función (secundaria) de *represión civil de conductas de los insolventes* presente en el concurso, por ejemplo, PULGAR EZQUERRA, J., «La “inexistencia” o “insuficiencia” de masa activa en sede de declaración del concurso de acreedores», en AAVV, *Estudios de Derecho de sociedades y Derecho concursal. Libro homenaje al Profesor Rafael García Villaverde*, T. III, Marcial Pons, Madrid, 2007, p. 2012. Posteriormente, confirmando el impacto de la calificación concursal, en especial, de la norma de responsabilidad concursal, en la conducta de los administradores, PULGAR EZQUERRA, J., «La responsabilidad concursal de los administradores sociales», en GUERRA MARTÍN, G. (coord.), *La responsabilidad de los administradores de sociedades de capital*, La Ley, Madrid, 2011, p. 336.

¹⁰²² VERDÚ CAÑETE, M.J., *op. cit.*, p. 111.

Por ese mismo motivo no es una mera reiteración del régimen de responsabilidad de administradores. Al respecto, RONCERO SÁNCHEZ, A., «Naturaleza y caracteres...», *cit.*, p.159: «la previsión específica en sede concursal de un supuesto de responsabilidad de administradores (...) obedece a una concreta decisión de política legislativa de construir un supuesto de responsabilidad acomodado a la “lógica concursal”, es decir, a las singularidades que se plantean cuando la sociedad se encuentra en situación concursal (...) frente a un régimen general de responsabilidad civil acomodado a la “lógica societaria”».

2. La sección de calificación y la responsabilidad de los administradores sociales.

Análisis sistemático

2.1. Planteamiento

Como ya se ha manifestado, entendemos que la controversia a la hora de interpretar la naturaleza de la institución de la responsabilidad concursal y, en general, la sección de calificación, encuentra su origen, en buena medida, en la complejidad de la sistemática legislativa empleada.

Por los motivos que se han expuesto, se estudiará la responsabilidad concursal partiendo de la premisa de que se el legislador ha establecido una norma de responsabilidad por daños, para lo cual, se analizarán distintas normas que se encuentran dispersas en la Ley concursal –no sólo en el artículo 172 bis LC- y que conforman, integradas, el sistema de responsabilidad concursal de administradores, comprobando si se ajustan, como ya se ha dicho, a las *exigencias de estructura* de la responsabilidad por daños.

Por tanto, el estudio que se realizará a continuación tomará como hilo conductor la propia estructura de la responsabilidad civil extracontractual: relación de causalidad (*causation in fact*) e imputación objetiva (*legal causation, imputatio facti*), imputación subjetiva (*imputatio iuris*) y determinación del daño e individualización entre los sujetos responsables.

2.2. La calificación del concurso como culpable y la imputación subjetiva al administrador

A pesar de que según el esquema tradicional se comenzaría por analizar la relación de causalidad y el juicio de imputación objetiva y, sólo superado éste, se procedería al análisis de la imputación subjetiva, la sistematización de la Ley impone detenernos primero en la segunda de estas cuestiones.

El Título VI de la Ley concursal regula la llamada calificación del concurso. Se encuentra dividido en dos capítulos. En el primero (artículos 163 a 166), bajo el epígrafe «Disposiciones Generales» se regula lo que podríamos llamar la calificación en sentido

estricto, ya que es donde se realiza el *juicio de culpabilidad* que determinará la naturaleza fortuita o culpable *del concurso*¹⁰²³.

Como se adelantó, el juicio de culpabilidad que, posteriormente, servirá a la construcción de la responsabilidad concursal se encuentra separado de la propia responsabilidad, disgregación de preceptos inevitable, en tanto la calificación como culpable del concurso no afecta únicamente a la cuestión de la responsabilidad concursal.

A continuación, los artículos 164 y 165 nos exponen cuándo el concurso debe calificarse como culpable. Nos encontramos, ni más ni menos, ante una norma que determina cuáles son los criterios de imputación subjetiva *al deudor* o, en el caso del deudor persona jurídica, *a sus gestores*¹⁰²⁴. En definitiva, la calificación es un *juicio de culpabilidad* que se estructura a través de un sistema de cláusula general complementado por un conjunto de presunciones de culpa, *iuris et de iure* y *iuris tantum*.

2.2.1. La prueba de la culpa en ausencia de presunciones

El estudio de la imputación subjetiva debe comenzarse por el análisis de la cláusula general, el artículo 164.1 LC: «El concurso se calificará como culpable cuando en la generación o agravación del estado de insolvencia¹⁰²⁵ hubiera mediado dolo o culpa grave del deudor o, si los tuviere, de sus representantes legales y, en caso de persona jurídica, de sus administradores o liquidadores, de hecho y de derecho, apoderados

¹⁰²³ El artículo 163.1 LC dispone que «[e]l concurso se calificará como fortuito o como culpable». Ahora bien, el concurso no es, ni más ni menos, que un proceso de gestión de los intereses concurrentes en una situación muy específica (la insolvencia o inminencia de la misma). Por lo tanto, hay que evitar, al menos desde la óptica de la responsabilidad de administradores, una aproximación estrictamente (e incluso, exageradamente) literal a la redacción que parecería atribuir a dicho procedimiento la virtualidad de ser, en sí mismo, subjetivamente imputable de conocer y entender los comportamientos que produjeron el daño que es origen del propio proceso.

¹⁰²⁴ Entendido este término en sentido amplio, en tanto comprende a administradores y liquidadores, de hecho y de derecho y a apoderados generales. La cuestión del ámbito subjetivo de la responsabilidad concursal se desarrollará más adelante. *Vid.*, Parte Segunda, Capítulo IV.

¹⁰²⁵ Insolvencia en el sentido del art. 2 LC, como recuerda ALONSO UREBA, A., «La responsabilidad concursal de los administradores...», *cit.*, p. 533.

generales, y de quienes hubieren tenido cualquiera de estas condiciones dentro de los dos años anteriores a la fecha de declaración del concurso»¹⁰²⁶.

Como se puede apreciar, la cláusula general recuerda a la clásica responsabilidad extracontractual por culpa, sólo que el supuesto de hecho no está acompañado por la consecuencia jurídica (consecuencias, en este caso, múltiples, que vamos encontrando diseminadas en la Ley posteriormente): *quien, mediando dolo o culpa produce un daño a otro* –daño que se identifica con la creación o agravamiento de la insolvencia-, le faltaría para concluir como norma de tutela aquiliana, *está obligado a reparar el daño causado*¹⁰²⁷.

En consecuencia, la ausencia o falta de prueba de la *existencia* de los comportamientos que se recogen en los dos listados de presunciones que se referirán posteriormente no implica la ausencia ni de un comportamiento contrario a Derecho por parte del deudor ni de la concurrencia de dolo o culpa grave. Simplemente el juicio de imputación subjetiva será más complejo, ya que podrá estar referido a cualquier conducta que, teniendo en cuenta el ámbito de competencias generales y deberes del deudor/gestor, le sea jurídicamente exigible¹⁰²⁸.

Por otra parte, la concurrencia de alguna de las presunciones –incluso si es *iuris et de iure*- como se verá, no debe implicar de una forma automática la imposición de responsabilidad concursal. El artículo 172 bis LC establece, en la actualidad de manera más clara, que la cobertura del déficit se imputará *en la medida que la conducta que ha*

¹⁰²⁶ Es de destacar la exclusión de la culpa leve. En contra, *de lege ferenda*, de tal exclusión, ALONSO UREBA, A., «La responsabilidad concursal de los administradores...», *cit.*, pp. 537-538 («en el supuesto de mayor daño para la sociedad al llevarla al estado de insolvencia, y siendo ello imputable a los administradores, se está estableciendo un régimen de responsabilidad más benigno que el general o común de la acción social de responsabilidad, configurada en sede de Derecho de Sociedades»).

¹⁰²⁷ ALONSO UREBA, A., «La responsabilidad concursal de los administradores...», *cit.*, pp. 533-534: «Este presupuesto [el de la imputabilidad subjetiva] pone de manifiesto que se está en el ámbito de la responsabilidad civil subjetiva o por daños que exige la imputabilidad, aún cuando en este caso se trate de una imputabilidad agravada en tanto en cuanto se exige dolo o al menos culpa grave».

En contra de que la construcción de este criterio de imputación subjetiva sirva de argumento a favor de la naturaleza indemnizatoria de la norma, GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ, J.A., *La calificación del concurso*, *cit.*, pp. 181-182, quien sostiene: «también la construcción de esta responsabilidad por el fallido concursal como una responsabilidad-sanción viene a requerir un criterio de imputabilidad, aun cuando sea título de culpa cualificada».

¹⁰²⁸ Existe en el ámbito de la responsabilidad civil una controversia en torno a la necesidad del elemento de la antijuridicidad para la imputación de responsabilidad que no podemos reproducir aquí. Para un estudio monográfico sobre esta cuestión, GARCÍA-RIPOLL MONTIJANO, M., «La antijuridicidad como requisito de la responsabilidad civil», ADC, IV/2013, pp. 1503-1604.

determinado la calificación culpable haya generado o agravado la insolvencia, exigiendo un juicio de atribución del resultado dañoso a la conducta culposa o dolosa.

En definitiva, la calificación como culpable del concurso identifica, desde un punto de vista global, la existencia de una gestión inapropiada, por gravemente negligente o dolosa, que produce un daño –la generación o agravamiento de la insolvencia– que, posteriormente, se cuantifica con referencia al déficit, daño que ha de estar causalmente vinculado y ser objetivamente imputable a la gestión realizada por el deudor o sus representantes.

2.2.2. La culpabilidad concurriendo alguna de las presunciones

A continuación, los artículos 164.2 y 165 LC detallan un conjunto de comportamientos que, por su naturaleza, permiten presumir la culpa del deudor o sus gestores, facilitando la prueba de la concurrencia del elemento subjetivo del dolo o la culpa grave en las actuaciones del deudor o sus gestores que producen o agravan la situación de insolvencia.

A nuestro entender, el elenco referido presenta un conjunto de actuaciones y omisiones que el legislador ha considerado, en el campo de la gestión, antijurídicas. Y sobre ello fundamenta la culpabilidad del deudor o sus gestores, bien por la realización dolosa de las mismas, bien por la negligencia gestora grave que la realización de dichas conductas pone de manifiesto.

El primer interrogante que nos aborda cuando analizamos los artículos 164.2 y 165 es, precisamente, el porqué de la separación en un artículo diferente de las presunciones que admiten prueba en contrario. Ahora bien, si se observan los comportamientos recogidos en el listado de las comúnmente llamadas presunciones *iuris et de iure* (cfr. art. 164.2 LC) se aprecia que el legislador los diferencia porque entiende que se trata actuaciones necesariamente dolosas (incluyendo el dolo eventual), lo que explica que la presunción no se pueda enervar, o que, incluso, como se ha sostenido, no se consideren presunciones, *stricto sensu*¹⁰²⁹.

¹⁰²⁹ La propia Exposición de Motivos de la LC, apartado VIII, hace referencia a «supuestos que, en todo caso, determinan esa calificación [culpable], *por su intrínseca naturaleza*», mientras que al referirse al listado del art. 165 habla de «supuestos que, salvo prueba en contrario, *son presuntivos* de dolo o culpa grave, por constituir incumplimiento de determinadas obligaciones legales relativas al concurso» (las cursivas son nuestras). Ampliamente, en relación con esta cuestión, GALLEGO SÁNCHEZ, E., «Calificación

Es interesante destacar, como ha hecho nuestra doctrina que «una cosa es que, establecido el hecho de concurso culpable, se desencadena la calificación como tal sin necesidad de conectarlo causalmente a la generación o agravación de la insolvencia ni de encuadrarlo en la categoría elevada de la culpabilidad, como dolo o culpa grave, y otra bien distinta es que la propia comisión y omisión antijurídica, considerada en sí misma, no deba ser valorada en términos adecuados de imputabilidad al correspondiente sujeto (...) tal hecho previo debe enjuiciarse aisladamente de su efecto, conforme a las reglas generales de imputación de una infracción, comisión u omisión típica, antijurídica y culpable (...). La objetividad, con lo que implica de automatismo, opera en la calificación del concurso, si está previamente sustanciado el “hecho de concurso culpable”; pero no debe operar en la propia estimación del “hecho” en sí (...) no serán “hecho de concurso culpable” si no pueden ser subjetivamente imputados al deudor concursado o a sus representantes porque concurren circunstancias probadas de exención de culpa»¹⁰³⁰.

En cambio, en el artículo 165 se recogen *omisiones de deberes legalmente formulados*¹⁰³¹, deberes en los que se entiende, cabe un incumplimiento negligente. Por tanto, si bien las conductas recogidas en el art. 165 LC pueden considerarse antijurídicas en tanto implican el incumplimiento de deberes del deudor –que, en el caso de las sociedades de capital, resultan ser deberes inherentes al desempeño del cargo de administrador¹⁰³²– la propia realización del acto recogido en el listado no exige,

del concurso», en HERNANDEZ MARTÍ, J. (coord.), *Concurso e insolvencia punible*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, pp. 489-492. Para VERDÚ CAÑETE, M.J., *op. cit.*, que detenidamente analiza la naturaleza de este listado (pp. 181-185), se trata de «una relación *numerus clausus* de conductas ilícitas concretas e independientes de la cláusula general que, siendo imputables al deudor o sus representantes, determinan la calificación del concurso culpable en todo caso, esto es, con independencia de que las mismas hayan generado o agravado la insolvencia y con independencia de que concorra dolo o culpa grave del deudor». Sostiene QUIJANO GONZÁLEZ, J., «Responsabilidad societaria y concursal...», *cit.*, p. 28, que «[m]ás que de presunciones en sentido técnico, se trata aquí de casos o conductas concretas a las que la ley atribuye de antemano una determinada consideración jurídica que se proyecta sobre la calificación del concurso como culpable, lo que implica que cada uno debe ser sometido a una comprobación efectiva y singularizada, fácticamente concluyente, que alcance a cada uno de los requisitos que lo integran, sin que sean posibles deducciones directas. Se trata, pues, de “hechos de concurso culpable” por disposición legal, y no de presunciones *iuris et de iure* de las que pueda inferirse la culpabilidad».

¹⁰³⁰ QUIJANO GONZÁLEZ, J., «La responsabilidad concursal...», *cit.*, p. 55.

¹⁰³¹ Esta autora no entrará a valorar en ningún lugar de este trabajo la presunción recientemente introducida en el artículo 165 4º LC, por exceder, su ámbito subjetivo de aplicación, al de este trabajo.

¹⁰³² Tanto el deber de solicitud de concurso (art. 5 LC), como el deber de colaboración con el juez del concurso (art. 42 LC), como el deber de ordenada llevanza de la contabilidad (art. 25 Cdc, 253 LSC) pesan, en el supuesto de sociedades de capital, sobre los administradores sociales.

necesariamente, la concurrencia de dolo o culpa, aunque la presuma, por lo que sí admite prueba en contrario.

2.2.3. Limitaciones a la calificación y a la imposición de responsabilidad concursal

El segundo capítulo del Título VI (artículos 167 a 175) regula los aspectos procesales de la sección de calificación (formación y tramitación), la sentencia de calificación y la imposición de responsabilidad concursal, diferenciando, además, la calificación «común» (sección 1ª) de aquella con intervención administrativa (sección 2ª). El artículo 167.1 establece una limitación a la formación de la sección de calificación cuando establece que «no procederá la formación de la sección de calificación del concurso cuando tenga lugar la aprobación judicial de un convenio en el que se establezca, para todos los acreedores o para los de una o varias clases (...) una quita inferior a un tercio del importe de sus créditos o una espera inferior a tres años»¹⁰³³.

Además de la limitación existente en relación con la formación de la sección de calificación, se restringe también la posibilidad de exigir responsabilidad concursal a los supuestos en que, habiéndose calificado el concurso como culpable, la sección de calificación se forme o reabra como consecuencia de la apertura de la fase de liquidación¹⁰³⁴, limitación que consideramos criticable¹⁰³⁵.

¹⁰³³ Explica GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ, J.A., «La responsabilidad concursal», *cit.*, p. 299, que «junto con este criterio de culpabilidad, la norma concursal adopta –de forma más discutible– otro de oportunidad, pues la apertura de la sección de calificación no siempre resulta procedente, ya que se reserva para determinados casos» (cfr. art. 167.1 LC).

¹⁰³⁴ Esta limitación ha sido calificada como el *presupuesto material* de la responsabilidad concursal, uno de los tres presupuestos necesarios para el ejercicio de la acción, siendo los otros dos el *presupuesto cuantitativo* (la existencia de déficit) y el *presupuesto subjetivo* (limitándose la imposición de responsabilidad a los sujetos enumerados en el art. 172 bis 1 LC). En este sentido, GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ, J.A., *La calificación del concurso*, *cit.*, p. 170. Entiende ALONSO UREBA, A., «La responsabilidad concursal de los administradores...», *cit.*, pp. 532-533, que «[s]iendo éste el único supuesto (apertura de la fase de liquidación), el presupuesto sustantivo o material de la responsabilidad concursal de los administradores se vincula a que la liquidación como solución del concurso vaya acompañada de la calificación del mismo como culpable, constituyendo así esta calificación el verdadero presupuesto material de la responsabilidad».

¹⁰³⁵ ALONSO UREBA, A., «La responsabilidad concursal de los administradores...», *cit.*, pp. 535-536 («[I]o congruente debiera haber sido que en ambos supuestos [convenio y liquidación] jugase la responsabilidad concursal de los administradores, sin perjuicio de la modulación de la misma por el juez en función del daño directo efectivamente causado a la sociedad como consecuencia de la actuación de los administradores determinante de la generación o agravamiento del estado de insolvencia, modulación en la que se ponderaría igualmente la terminación del concurso vía convenio o vía liquidación»).

GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ, J.A., «La responsabilidad concursal», *cit.*, p. 303-304, plantea que dos pueden ser las motivaciones del legislador detrás de esta limitación, a la vista de la contradicción que supone en relación con la apertura de la sección de calificación. Una, la potenciación del convenio,

2.3. La relación de causalidad y el juicio de imputación objetiva¹⁰³⁶

La compleja estructura del sistema (que no norma, porque, como se ha ido observando, el artículo 172 bis LC es sólo una de las piezas del sistema de responsabilidad concursal) exige soluciones, inevitablemente, igual de complejas.

Uno de los principales puntos en torno a los que gira el debate sobre la naturaleza de la responsabilidad concursal es el de la relación de causalidad¹⁰³⁷. Si la norma es indemnizatoria, se argumenta, la naturaleza de la misma exige para la imposición de la responsabilidad la prueba de la relación de causalidad entre el comportamiento (activo u omisivo de los administradores) y el daño¹⁰³⁸.

Y se ha dicho, y es cierto, que en muchos casos resultará imposible probar que el comportamiento de los gestores fue el que produjo el daño jurídicamente relevante en el ámbito de la responsabilidad concursal –daño que la propia Ley identifica con la creación o agravamiento de la insolvencia–, es decir, que el comportamiento (activo u omisivo) de los administradores será culpable (que no el concurso) cuando existiera dolo o culpa grave *en la generación o agravamiento de la insolvencia* (cfr. art. 164.1 LC).

Las clásicas teorías de la causalidad demostraron hace tiempo ser insuficientes para el análisis de la vinculación jurídicamente relevante entre causa y efecto, ante cursos causales de difícil o imposible demostración, cuando se encontraran la (hipotética) causa y consecuencia separadas en tiempo y espacio¹⁰³⁹. Para lo cual la doctrina desarrolló estructuras que permitieran analizar si un resultado era vinculable a una conducta sin tener una constancia física de la relación de causalidad¹⁰⁴⁰. Siguiendo el

actuando como «un mecanismo de presión sobre el deudor, a fin de que éste no acudiera alegremente a la liquidación». La segunda, «el mayor grado de protección que tienen los acreedores en los supuestos en que se alcanzara un convenio frente al expediente liquidatorio».

¹⁰³⁶ Se han utilizado, principalmente, para la aproximación a esta materia, los siguientes trabajos: GIMBERNAT ORDEIG, E., *Delitos cualificados por el resultado y causalidad*, Ed. Reus, Madrid, 1966, *passim*; JAKOBS, G., *op. cit.*, *passim*; ROXIN, C., *Derecho Penal...*, cit., pp. 275-402; ROXIN, C., «Injerencia e imputación objetiva», *Revista Penal*, 19/2007, pp. 152-161; PANTALEÓN PRIETO, F., «Causalidad...», *cit.*, pp. 1561-1591; PANTALEÓN PRIETO, F., «De las obligaciones que nacen de la culpa o negligencia. Comentario al art. 1902», *cit.*, pp. 1971-2003. Desde la óptica mercantil, por todos, MARÍN DE LA BÁRCENA GARCIMARTÍN, F., *La acción individual...*, cit., pp. 149 ss.

¹⁰³⁷ Nos remitimos a las referencias ya citadas.

¹⁰³⁸ Por todos, GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ, J.A., «La responsabilidad concursal», *cit.*, p. 325.

¹⁰³⁹ ROXIN, C., *Derecho Penal...*, cit., p. 345.

¹⁰⁴⁰ No se podría en este momento intentar un recorrido por el desarrollo doctrinal que ha permitido la evolución del estudio en esta materia. El lector interesado puede encontrar un estudio de esta cuestión en

esquema interpretativo propuesto, no resulta suficiente para la imposición de responsabilidad concursal confirmar la existencia de un conocimiento y voluntad de asunción de la actuación generadora del daño (es decir, la imputación subjetiva en que se fundamenta la calificación concursal), sino que, previamente, hay que comprobar si esa actuación (u omisión) está causalmente conectada y es idónea para generar o agravar el riesgo que el instituto de la responsabilidad concursal quiere proteger: la insolvencia del deudor¹⁰⁴¹.

Para la imposición de responsabilidad concursal será necesario –superadas las limitaciones procedimentales para la apertura de la sección de calificación y la exigencia de liquidación concursal- que la actuación u omisión sea objetivamente imputable al actor (en nuestra hipótesis, el administrador)¹⁰⁴². Ello exige, en primer lugar, *que se haya creado o aumentado el riesgo de que se produzca un daño jurídicamente relevante* (volveremos más tarde sobre el método de concreción/cuantificación del mismo), daño que para la Ley concursal se identifica en que se haya generado o agravado el riesgo de insolvencia; riesgo que la propia Ley busca evitar que se produzca. En segundo lugar, *que ese daño se realice* (es decir, que se produzca, efectivamente, la generación o agravamiento de la insolvencia). En tercer lugar, *que no existan criterios que excluyan esta imputación*, en especial, que el resultado dañoso esté incluido en el ámbito de protección de la norma. Todo ello, siempre y cuando el resultado dañoso esté cubierto por el fin de protección de la norma transgredida¹⁰⁴³.

la Primera Parte de la obra citada de GIMBERNAT ORDEIG, E. (pp. 19-98), con crítica del autor a las teorías existentes en la Parte Segunda.

¹⁰⁴¹ El juicio de imputación objetiva es previo al juicio de imputación subjetiva, porque la imputación subjetiva impone la comprensión y asunción del tipo (*Tatbestand*, supuesto de hecho) objetivo. Mientras que el tipo subjetivo se compone del dolo y de elementos subjetivos del tipo adicionales al dolo, siendo el dolo típico el conocimiento (saber) y la voluntad (querer) de los elementos propios del tipo objetivo, al tipo objetivo pertenece siempre la mención del sujeto activo, de la acción típica y, por regla general, también del resultado dañoso (ROXIN, C., *Derecho Penal...*, cit., p. 304-308).

¹⁰⁴² ROXIN, C., *Derecho Penal...*, cit., p. 305: «a la constatación de los presupuestos con los que es lícito considerar un resultado como obra de un determinado sujeto se la denomina imputación al tipo objetivo. La teoría de esa imputación (...) incluye en su seno la teoría del nexo causal».

¹⁰⁴³ GIMBERNAT ORDEIG, E., *op. cit.*, pp. 135-143, donde concluye: «Por lo que se refiere a los delitos culposos, nuestra solución parte de que los deberes de diligencia, cuya infracción es lo que hace que una acción sea imprudente, persiguen impedir determinados resultados. Si el resultado producido por el comportamiento negligente no es uno de los que se querían evitar con el establecimiento del deber, el autor quedará exento de responsabilidad. Cuál sea el fin de la norma, es algo que se puede determinar perfectamente utilizando los métodos corrientes de la interpretación jurídico-penal. En los delitos dolosos el procedimiento es análogo: si el resultado producido es uno de los que la norma quería evitar, el autor responderá del delito consumado».

Es decir, se impone un análisis de la actividad gestora. Para saber si la actividad gestora fue adecuada o no para producir el daño habrá que analizar si la conducta fue adecuada o no a Derecho y, además, si los fenómenos que produjeron el daño son objetivamente imputables a lo actuado u omitido por los administradores (sin que existan causas de exclusión de la imputación)¹⁰⁴⁴.

En el caso de actuaciones culposas o dolosas, para que lo actuado sea (objetivamente) imputable a los gestores será necesario que se cree o agrave el riesgo de que se produzca la insolvencia y que ese riesgo se realice¹⁰⁴⁵, precisamente, contraviniendo la finalidad protectora de la norma/normas transgredidas.

En supuestos de comportamientos omisivos, *el responsable de la evitación del curso causal lesivo de bienes jurídicos asume frente a los sujetos protegidos por la norma una función protectora o de deber de control de las fuentes de peligro (posición de garante por control) que se extiende a cada fase del desarrollo del curso causal que desemboca en el daño*. Por tanto, el que, con su comportamiento omisivo crea la posibilidad de que se realice el riesgo (en nuestro supuesto, la generación o agravamiento de la insolvencia), asume el deber de intentar disminuirlo y, asimismo, el deber de evitación del daño (la insolvencia en sí misma).

En definitiva, sólo si es posible una imputación objetiva de la conducta generadora del riesgo (si se puede imputar al administrador el dejar de actuar) (*imputación objetiva del actuar precedente*)¹⁰⁴⁶, fundamentada en la existencia de una posición de garante¹⁰⁴⁷, es posible la imputación objetiva del *resultado dañoso* en las conductas omisivas. Es decir, el daño ha de ser objetivamente imputable a la conducta realizada, en nuestra hipótesis de estudio, por el administrador societario.

¹⁰⁴⁴ Sobre las causas de exclusión de la imputación objetiva, PANTALEÓN PRIETO, F., «Causalidad...», *cit.*, pp. 1566-1590.

¹⁰⁴⁵ ROXIN, C., *Derecho Penal...*, *cit.*, p. 320: «Según la concepción actual, la realización del tipo [objetivo] presupone en todo caso y sin excepción tanto un desvalor de la acción como un desvalor del resultado».

¹⁰⁴⁶ Inicia ROXIN, C., «Injerencia...», *cit.*, su trabajo resumiendo (p. 152): «La imputabilidad objetiva del actuar precedente es el presupuesto decisivo para la fundamentación de una posición de garante, puesto que solamente aquél a quien se puede imputar el peligro creado conforme a criterios jurídicos, tiene la responsabilidad y, por lo mismo, el deber de evitar la transformación del peligro en una lesión».

¹⁰⁴⁷ La posición de garante se limita mediante determinados criterios, como son que la acción precedente se mantenga dentro del riesgo permitido y que el peligro provocado por la acción precedente radique únicamente en el ámbito de responsabilidad de quien provocó el peligro (la cooperación en la autopuesta de protección no es punible). ROXIN, C., «Injerencia...», *cit.*, pp. 157-158.

La cuestión se complica aún más en el ámbito de la responsabilidad concursal si se confunde el juicio de imputación objetiva y el juicio de imputación subjetiva. Como la culpa exige el conocimiento y voluntad de realizar la acción o asunción del riesgo derivado de lo omitido, dependiendo de si la conducta es activa u omisiva¹⁰⁴⁸, la Ley intenta configurar el dolo/culpa no sólo mediante una cláusula general de ausencia de diligencia sino mediante una serie de hechos que presumen que el actor/administrador buscaba producir la insolvencia, o, al menos, conocía o asumía el riesgo de producirla, riesgo que el Derecho trata de evitar y que, por el contrario, el propio Ordenamiento entiende que la realización de determinados hechos (que en el fondo conllevan la transgresión de distintas normas) podía producir. Ahora bien, la sistematización que la Ley concursal dispone, dificulta la interpretación¹⁰⁴⁹.

La Ley refiere (a) a *omisiones de normas que presumen que el administrador asume la posibilidad de que exista un estado de insolvencia, obviando deberes de cuidado que pesan sobre él mismo, y que presumen que el administrador no intenta evitar que se produzca el resultado ni intenta disminuir sus efectos dañosos* (omisión de deberes contables que impiden el conocimiento de la situación de insolvencia, y, en consecuencia, un actuar concordante e incumplimiento del deber de solicitud de concurso que supone la *agravación extraconcursal* de la insolvencia; cfr, art. 165.1º y 3º, actuaciones éstas que se sitúan en la órbita de la *culpa grave*).

Por otra parte, la Ley enumera (b) situaciones en que *se crea o aumenta dolosamente el estado de insolvencia, mediante un comportamiento activo y contrario a Derecho* (contabilidad fraudulenta, incumplimiento doloso del convenio, alzamiento de bienes, cfr. arts. 164.2 1º, 3º, 4º y 5º).

Finalmente, la Ley dispone (c) actuaciones que *no afectan necesariamente a la situación económica, sino que intentan impedir la fiscalización de la actividad gestora* (cfr. arts. 164.2 2º, 6º y 165.2º), a las que atribuye diferente naturaleza.

Sólo en el supuesto de que se imponga responsabilidad concursal fundamentada en el tercer grupo (y siempre y cuando los comportamientos recogidos en este grupo no produjeran, indirectamente, la consecuencia de generar o agravar la insolvencia) estaríamos estrictamente en la órbita de la sanción, tal y como la comprende nuestra

¹⁰⁴⁸ ROXIN, C., *Derecho Penal...*, cit., p. 308.

¹⁰⁴⁹ Un análisis pormenorizado se puede encontrar en SANCHO GARGALLO, I., *op. cit.*, pp. 554-560.

doctrina. Y este escenario no parece posible, a la luz de la nueva redacción del artículo 172 bis, que dispone que «el juez podrá condenar a todos o a algunos de los administradores (...) a la cobertura, total o parcial, del déficit, *en la medida que la conducta que ha determinado la calificación culpable haya generado o agravado la insolvencia*».

La exigencia del elemento de la relación de causalidad no se apreciaba con claridad ni en la redacción del derogado artículo 172.3 LC ni en la primera redacción del artículo 172 bis 1. Sin embargo, tras la reforma operada por la Ley 17/2014, para condenar a los administradores (entre otros) a la cobertura del déficit se exige que la conducta que ha producido el resultado dañoso –la generación o agravación de la insolvencia– sea también la que ha determinado la calificación como culpable del concurso. La norma establece una identidad de la conducta que produce el resultado dañoso y la que impone la culpabilidad del concurso. Y, sutilmente, establece la exigencia de una relación de causalidad entre la conducta y el daño para que se pueda imponer la responsabilidad concursal. En definitiva, el legislador ha dispuesto que cuando un gestor realiza de manera culposa o dolosa una conducta antijurídica, y esa misma conducta produce un daño (daño que se identifica con la generación o agravación de la insolvencia societaria) se considerará al gestor responsable del daño causado.

2.4. Determinación e individualización del daño

2.4.1. Introducción

La interpretación aquiliana de la responsabilidad concursal complica la materia de la determinación del daño objetivamente imputable al administrador, además de chocar con el literal del precepto, que parece identificar el daño con el déficit concursal¹⁰⁵⁰.

Debemos partir de una premisa: *el daño que se produce es la causación o agravamiento de la insolvencia*. El que por dolo o culpa causa un daño a otro, responde del daño causado, dice el Código civil. Pues, en un sentido similar, el que, mediando dolo o culpa

¹⁰⁵⁰ En este sentido, entre otros, PULGAR EZQUERRA, J., «La responsabilidad concursal...», *cit.*, p. 350, que defiende que se trata de «*un daño concreto individualizado en la Ley Concursal que no es la apertura de la liquidación en sí misma, sino la subsistencia de pasivo insatisfecho tras la liquidación*». Para MARÍN DE LA BÁRCENA GARCIMARTÍN, F., «Responsabilidad concursal», *cit.*, p. 130, «[l]a responsabilidad concursal cumple una *función de atribución*, pero no de la obligación de indemnizar un daño, como las normas de responsabilidad civil generales, sino del *riesgo de insolvencia* de la sociedad que se actualiza en el déficit».

grave produzca la generación o agravación de la insolvencia de la sociedad, responderá del daño causado.

El derogado artículo 172.3 LC establecía que la sentencia de calificación podría¹⁰⁵¹ imponer como condena el pago «a los acreedores concursales, total o parcialmente, el importe que de sus créditos no perciban en la liquidación de la masa activa». Esta redacción planteaba la duda de si la cantidad resarcida en concepto de daño –daño que

¹⁰⁵¹ Sobre el uso del verbo «podrá», con múltiple jurisprudencia, GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ, J.A., «La responsabilidad concursal», *cit.*, pp. 306-307, quien considera, opinión que compartimos, que «[e]l significado que ha de darse al expresivo *podrá* con que el texto se refiere a la imposición de tal condena significa, tan sólo, que éste no es, a diferencia de cuanto se dispone en el artículo 172 de la Ley Concursal, un pronunciamiento que resulte necesario en todo caso de concurso culpable». En el mismo sentido, ALONSO UREBA, A., «La responsabilidad concursal de los administradores...», *cit.*, p. 539-540, lamentándose de la inseguridad jurídica del precepto, matiza: «Si la calificación del concurso como culpable es el presupuesto sustantivo de la responsabilidad de los administradores y dicha calificación se base en la imputación (dolo o culpa grave) a los administradores de la generación o agravación del estado de insolvencia, lo lógico sería concluir que si hay dicha imputación habrá la consiguiente responsabilidad concursal de los administradores (...) no entendiéndose el “podrá” de dicho precepto». En el mismo sentido, VICENT CHULIÁ, F., «La responsabilidad...», *cit.*, pp. 58-59.

Existe también autores que han defendido la tesis de que la imposición de la condena es *facultativa del juez*. En este sentido, entre otros, FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, L., «La responsabilidad concursal...», *cit.*, p. 714 («[s]e trata, como bien se advierte, de una norma facultativa no exenta de reparos, ya que, al utilizar la locución “podrá” el legislador no especifica el criterio con el que el Juez exigirá o no responsabilidad al administrador y, en caso de pago, el cumplimiento total o parcial del mismo»); MAMBRILLA RIVERA, V., «Comentario al artículo 172», *cit.*, p. 2849; GUERRERO LEBRÓN, M.J./GÓMEZ PORRÚA, J.M., «La responsabilidad...», *cit.*, pp. 1971-1973 (quienes vinculan su carácter facultativo con «el no reconocimiento de legitimación activa a sujeto alguno para la solicitud de la condena»).

Por su parte, entiende QUIJANO GONZÁLEZ, J., «La responsabilidad concursal...», *cit.*, pp. 59-60, que la redacción dada al texto tras la reforma (pasando de «la sentencia podrá, además, condenar» al más claro «el juez podrá condenar a todos o a algunos») viene a confirmar que la condena no es facultativa en cuanto a su imposición («debe» imponerse si concurren los presupuestos de la misma) sino en cuanto al alcance subjetivo de la misma.

En definitiva, no nos parece admisible, de ninguna manera, entender que el juez tiene una facultad discrecional para imponer la responsabilidad de concurrir todos los elementos de la misma. Y tampoco nos parece que exista una contraposición entre ésta y el resto de las sanciones que el juez *debe* imponer en la sentencia de calificación si resultase procedente. Ello independientemente de la naturaleza de la responsabilidad. No por sancionadora el juez tiene la facultad de decidir si la impone o no. Si concurren los presupuestos de la responsabilidad, el juez deberá imponerla. Se podría vincular el uso del inciso «el juez podrá» a la concurrencia de la premisa «si la sección de calificación hubiera sido formada o reabierta como consecuencia de la apertura de la fase de liquidación», por lo que la interpretación del verbo sería que *sólo ante la apertura de la liquidación el juez podrá imponer la condena*.

Cuestión distinta es que su imposición esté sujeta al principio de rogación. A favor, GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ, J.A., «La responsabilidad concursal», *cit.*, pp. 307-308; PULGAR EZQUERRA, J., «La responsabilidad concursal...», *cit.*, p. 343-344; NIETO DELGADO, C., *op. cit.*, p. 918 (quien entiende que podría «generarse indefensión si la Sentencia de calificación contienen sorpresivamente pronunciamientos que exceden de la responsabilidad en la que, en los escritos alegatorios, las personas afectadas por la calificación se han visto involucradas»). Sin embargo, a nosotros nos plantea dudas que la imposición de responsabilidad concursal, tal cual está regulada, sea rogada. Nos inclinamos a entender que el juez podrá apreciar de oficio la concurrencia de los elementos necesarios para la imposición de responsabilidad concursal. Así parece entenderlo QUIJANO GONZÁLEZ, J., «La responsabilidad concursal...», *cit.*, p. 60 («la condena es dictada directamente, de oficio, por el juez en la sentencia de calificación del concurso como culpable, a la vez que determina las personas afectadas, y no es necesaria, por tanto, instancia de parte a estos efectos»).

consiste en la generación o agravación de la insolvencia y que, como ya se ha expuesto, habría de resultar causalmente vinculado y objetivamente imputable a la conducta antijurídica y culpable del administrador- se integraba en la masa pasiva o si, por el contrario, la indemnización beneficiaría de manera directa a los acreedores¹⁰⁵². En la actualidad, el artículo 172 bis LC establece la condena «a la cobertura, total o parcial, del déficit», lo que podría ser considerado como un argumento a favor de la naturaleza sancionadora de la norma¹⁰⁵³. A nuestro entender, la modificación realizada por el legislador no afecta a la naturaleza de la norma. Buena muestra de ello es que la aplicación de la misma se sigue haciendo depender *de la entidad del daño*, y no *del desvalor de la conducta antijurídica realizada*. Es decir, si un administrador realiza, de manera dolosa, una conducta considerada antijurídica en el ámbito de la crisis empresarial pero *el daño no es de una entidad tal que exija la liquidación concursal, siendo posible la salida de la crisis vía convenio*, no es posible el recurso a la responsabilidad concursal¹⁰⁵⁴. Si estuviéramos ante una norma sancionadora, donde lo relevante es el hecho y no el resultado del mismo¹⁰⁵⁵, ¿por qué habría de perjudicarse a los acreedores concursales al impedir que la cantidad exigida vía sanción pasara a

¹⁰⁵² Cfr. GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ, J.A., *La calificación...*, cit., pp. 190-191. Crítico con la Jurisprudencia que, basándose en una interpretación literal de la norma existente con anterioridad a la reforma, consideraba excluidos del «beneficio» de la responsabilidad concursal a los acreedores contra la masa, GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ, J.A., «La responsabilidad concursal», cit., p. 331.

¹⁰⁵³ Este «temor» por la interpretación sancionadora del precepto fue puesto de manifiesto en el trámite de enmiendas a la Ley 38/2011 por el Grupo Parlamentario Popular en el Congreso en la enmienda nº 139 donde proponían la siguiente redacción para el artículo 172 bis apartado 1: «Cuando la sección de calificación hubiera sido formada o reabierta como consecuencia de la apertura o a algunos de los administradores o liquidadores, de derecho o de hecho, y a los apoderados generales de la persona jurídica concursada a los que sean imputables los hechos que hubiera determinado la calificación del concurso, a indemnizar a los acreedores con el pago, total o parcial, del importe que de sus créditos no perciban en la liquidación de la masa activa». Y la justificación ofrecida fue la siguiente: «La polémica ha de resolverse como apunta la jurisprudencia en el sentido indemnizatorio no sancionador».

¹⁰⁵⁴ Para algunos autores, por ejemplo, VIÑUELAS SANZ, M., *op. cit.*, pp. 272-273, ello fundamenta la tesis sancionadora: «la finalidad primordial de la calificación no parece ser, por tanto, la reparación de los daños (...) puesto que muchos de estos daños no darán lugar a la apertura de sección de calificación» (cfr. art. 167.1 II LC).

¹⁰⁵⁵ En palabras de RONCERO SÁNCHEZ, A., «Naturaleza y caracteres...», cit., p. 154: «La caracterización de un supuesto de responsabilidad como responsabilidad-sanción implica (...) que el incumplimiento de la obligación que la genera debe desencadenar la sanción incluso cuando no exista daño, dado que aquélla es en principio independiente de éste y dado que, en otro caso, la conducta que se quiere sancionar quedaría impune en los supuestos en los que no se produjese el daño. Si lo que se persigue es sancionar una conducta en tanto se considera que la misma debe ser reprimida por su gravedad asegurando así la vigencia de unas exigencias éticas mínimas, la imposición de la sanción debería ser independiente de las consecuencias derivadas de la misma».

integrar la masa activa del concurso permitiendo, en su caso, una salida más fácil del concurso?¹⁰⁵⁶

En cambio, formada la sección de calificación en los supuestos de convenio especialmente gravoso, siguen siendo de aplicación determinadas normas dispuestas por la LC que, a diferencia de la responsabilidad concursal, sí que tienen un claro cariz sancionador. Éste es el caso de la *sanción* a las personas afectadas por la calificación consistente en la inhabilitación para administrar bienes ajenos durante un periodo de dos a quince años así como para representar a otras personas durante igual periodo de tiempo (art. 172.2.2º LC)¹⁰⁵⁷ y de la *condena* a las personas afectadas por la calificación y las declaradas cómplices a la pérdida de derechos como acreedores concursales de la masa (art. 172.2.3º, primer inciso, LC).

El artículo 172.2.3º LC recoge los llamados *efectos patrimoniales del concurso culpable*¹⁰⁵⁸ sobre las personas afectadas por la calificación o declaradas cómplices. En primer lugar, una *sanción* que consiste en la pérdida de todo derecho que se tenga como acreedor concursal o de la masa. En segundo lugar, la exigencia de restitución de lo indebidamente sustraído u obtenido de la masa activa. En tercer lugar, una indemnización por los daños que *estos comportamientos* hubieran causado y no resulten resarcidos mediante la reintegración. Es importante deslindar la indemnización de daños establecida en esta norma de la indemnización del art. 172 bis 1 LC, ya que este supuesto trata de establecer un método de reparación de los daños causados por las personas afectadas por la calificación o cómplices a la *masa activa*, pero derivada de una conducta específica –la indebida sustracción de bienes o derechos a la masa– distinta de la que genera la indemnización que se resarce a través del art. 172 bis LC¹⁰⁵⁹.

¹⁰⁵⁶ Para PULGAR EZQUERRA, J. («La “inexistencia”...», *cit.*, p. 2011) la «no calificación del concurso si el convenio no resulta gravoso para los acreedores» es una muestra de la preferencia de la Ley Concursal por la solución conservativa del procedimiento. La autora también considera (*idem*, «La responsabilidad concursal...», *cit.*, p. 336), que la limitación propicia el cumplimiento del convenio por parte del deudor, ya que el incumplimiento imputable al deudor supone la calificación como culpable del concurso y activa la posibilidad de imposición de responsabilidad concursal (cfr. arts. 164.2.2º. 167.1 II y 172 bis 1 II LC). Sobre el incumplimiento del convenio y su vinculación con la responsabilidad concursal, *ibídem*, pp. 346-349.

¹⁰⁵⁷ Así, entre otros, PULGAR EZQUERRA, J., «La responsabilidad concursal...», *cit.*, p. 362. Para GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ, J.A., *La calificación...*, *cit.*, p. 151 la inhabilitación «responde a una doble finalidad, pues ésta es tanto sancionadora como preventiva, ya que se trata de reprimir al sujeto por la actividad desplegada y, a la vez, disponer de un mecanismo que impida reiterar la actuación desarrollada»).

¹⁰⁵⁸ Así denominados por GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ, J.A., «Comentario al artículo 172», *cit.*, p. 2591.

¹⁰⁵⁹ Entre otros, VICENT CHULIÁ, F., «La responsabilidad...», *cit.*, p. 56; RONCERO SÁNCHEZ, A., «Naturaleza y caracteres...», *cit.*, pp. 158-159; PULGAR EZQUERRA, J., «La responsabilidad concursal...», *cit.*, p. 365.

Para GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ, J.A., «Comentario al artículo 172», *cit.*, pp. 2593-2594 se trata de un reconocimiento de la capacidad de exigir una indemnización por los daños causados a la masa, para lo cual serían de aplicación tanto las normas del 1902 CC como, en el supuesto de una sociedad de capital,

Lo que se trata de evitar con la responsabilidad concursal es que los gestores societarios (tanto administradores, como apoderados y liquidadores) produzcan o agraven la insolvencia societaria, creando un riesgo genérico para el mercado y un daño específico para aquéllos negocialmente vinculados o que se puedan vincular con la sociedad (tanto socios como acreedores). En conclusión, la finalidad de la norma del 172 bis no es la reintegración de la masa activa. Cuestión distinta es que también la responsabilidad concursal acrezca la masa activa¹⁰⁶⁰.

Por último, la reforma operada por la Ley 38/2011 clarificó la cuestión del patrimonio a reintegrar por las cantidades obtenidas vía responsabilidad concursal, dejando de referirse la condena por responsabilidad concursal al pago, total o parcial, a los acreedores concursales del importe de sus créditos que hubieran dejado de percibir de la liquidación de la masa activa (art. 172.3 LC en su redacción originaria), concretándose actualmente la condena en la cobertura, total o parcial del déficit (art. 172 bis 1 I, último inciso), disponiendo, además, el artículo 172 bis 3 LC que «[t]odas las cantidades que se obtengan en ejecución de la sentencia de calificación se integrarán en la masa activa del concurso», lo cual resulta más apropiado y coherente teniendo en cuenta la propia sistemática de la ley y la finalidad del concurso¹⁰⁶¹. La reforma elimina también las controversias que pudieran existir al respecto de los sujetos legitimados para la ejecución de la condena, al atribuir expresamente la legitimación a los administradores concursales. Los acreedores podrán requerir tal ejecución a la administración concursal, y estarán legitimados subsidiariamente si ésta no procediera a solicitarla en el mes siguiente al requerimiento (cfr. art. 172 bis 2 LC).

Ahora bien, puede parecer difícil defender la naturaleza indemnizatoria de la norma a la vista de esta previsión. Sin embargo, se comprende con una simple aclaración. La

la acción social de responsabilidad (como si el art. 172.2.3º LC dispusiera en su último inciso una norma de remisión, siendo en consecuencia, de aplicación las reglas procesales de las acciones remitidas, con determinadas adaptaciones que exige la particularidad de su ejercicio dentro del proceso concursal) lo que, además, como ya se ha señalado, ha sido esgrimido como argumento en contra de la naturaleza indemnizatoria de la norma de responsabilidad concursal, por reiterativa (entre otros, GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ, J.A., *La calificación...*, cit., p. 186; VIÑUELAS SANZ, M., *op. cit.*, pp. 268-270).

¹⁰⁶⁰ Sin embargo, para MARÍN DE LA BÁRCENA GARCIMARTÍN, F., «Responsabilidad concursal», pp. 129-130 el art. 172.2.3º «cumple la función de reintegrar el patrimonio de la concursada (la masa) por todos aquellos actos (u omisiones) determinados que puedan considerarse antijurídicos desde el punto de vista de la protección de los intereses de los acreedores y hayan causado un daño al patrimonio del deudor», mientras que la responsabilidad concursal «debe servir para neutralizar las consecuencias de una inadecuada traslación o agravación del riesgo empresarial a los acreedores, que en un contexto de proximidad a la insolvencia es un riesgo de impago».

¹⁰⁶¹ Por todos, GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ, J.A., *La calificación del concurso...*, p. 190.

norma de responsabilidad concursal se activa dentro de un proceso que coordina los intereses de las distintas partes implicadas, entre los cuales tiene preeminencia el interés de los acreedores. Así, el proceso permite la ficción jurídica de considerar a los acreedores no como sujetos particulares, sino como un grupo unificado¹⁰⁶². De la misma manera, la exigencia de responsabilidad concursal presupone haber producido un daño (la generación o agravamiento de la insolvencia) que se concreta en una aminoración de la masa activa, perjudicando, en consecuencia, a ese grupo unificado, la masa de acreedores. Si el patrimonio en que incide el daño es la masa activa del concurso, este patrimonio es el que debe reintegrarse¹⁰⁶³.

Cosa distinta es la capacidad que los acreedores individualmente considerados conservan de ejercitar una acción individual de responsabilidad de administradores en la medida en que hayan sufrido daños directos en su patrimonio (no daños reflejos derivados del impago societario).

2.4.2. La determinación del daño

El problema de la determinación del daño en la responsabilidad concursal reside, a nuestro entender, en dos extremos. Por una parte, en la dificultad práctica de establecer en qué medida la conducta, en nuestra hipótesis de estudio, del órgano de administración influyó en la crisis de la sociedad, al ser la labor del administrador el desarrollo de una actividad y no la realización un acto específico. Actividad que, a su vez, en la medida en que es discrecional, no es sencilla de evaluar jurídicamente por sus méritos (salvo la absoluta irracionalidad o arbitrariedad)¹⁰⁶⁴. Pero, además, en confundir el déficit concursal con el daño indemnizable vía responsabilidad concursal.

Como se acaba de exponer, en la actualidad el artículo 172 bis 1 LC permite identificar el daño derivado de la generación o agravación de la insolvencia con el déficit concursal, facilitando así la determinación del *quantum*. Resulta evidente que si el legislador ha optado por esta solución es porque consideró que mejoraba la situación legislativa anterior, aportando claridad en relación con lo dispuesto anteriormente –esto

¹⁰⁶² Vid., *supra*, Parte Primera, Capítulo II.

¹⁰⁶³ En contra, LLEBOT MAJÓ, J.O., «La responsabilidad de los administradores concursales», *cit.*, p. 7564.

¹⁰⁶⁴ MARÍN DE LA BÁRCENA GARCIMARTÍN, F., «Responsabilidad concursal», *cit.*, pp. 105-106.

es, el pago a los acreedores concursales, total o parcialmente, el importe que de sus créditos no percibieran en la liquidación- o facilitando el proceso de cuantificación¹⁰⁶⁵.

Sin embargo, no hay que confundir el déficit con la determinación del resultado dañoso imputable a la conducta dolosa o culposa del administrador, es decir, el daño del que el administrador tendrá que responder. La norma permite, que no obliga, al juez a condenar a la cobertura *total o parcial* del déficit concursal. Si déficit y daño fueran la misma cosa, no tendría sentido valorar la cobertura parcial¹⁰⁶⁶. En la medida en que es necesario que el comportamiento de los administradores haya generado o contribuido a agravar la insolvencia, con un efecto directo en la generación o agravamiento del déficit, la responsabilidad de los administradores declarados personas afectadas por la calificación habrá de depender de la incidencia que su conducta haya tenido en la producción de este daño¹⁰⁶⁷. Sucede de igual manera en el supuesto de imposición de responsabilidad por reapertura de la sección de calificación por incumplimiento del convenio, donde el juez debe atender a la hora de determinar la condena «tanto a los hechos declarados probados en la sentencia de calificación como a los determinantes de la reapertura» (cfr. art. 172 bis 1 II LC).

¹⁰⁶⁵ En cualquier caso, consideramos que la determinación es más posible de lo que los tribunales han transmitido. Así, como expone el voto particular realizado por el Magistrado Excmo. Sr. D. Ignacio Sancho Gargallo a la STS nº 298/2012, de 21 de marzo, «[I]a determinación de esta contribución a la generación o agravación de la insolvencia no resulta imposible, sino más bien factible, para la administración concursal, si tenemos en cuenta que con la declaración de concurso ha tenido acceso a toda la contabilidad y documentación del concursado, por lo que al cabo de unos meses, máxime después de haber elaborado el informe del art. 74 LC, debería estar en condiciones de identificar de forma estimativa las causas de la generación o agravación de la insolvencia».

¹⁰⁶⁶ Como argumento a favor de la responsabilidad-sanción, GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ, J.A., *La calificación...*, cit., pp. 187-188: «La responsabilidad sanción, en el ámbito del Derecho Privado, toma como presupuesto el incumplimiento, con la exigencia del grado de culpa que se estime oportuno, de determinados deberes. De igual modo, puede atender –aunque no necesariamente– al resultado dañoso derivado de aquel proceder, pero no para alterar su propio significado sino, mejor, para modular el alcance de la sanción. Ello explica que, en el contexto del artículo 172, 3 LC, y pese a la dualidad de grados de culpa en la imputación (dolo, *culpa lata*), la sanción resulte procedente. *Pero también justifica que en función del grado de culpa que en cada caso concurra el alcance de la sanción pueda tener un contenido distinto (fallido total o parcial)*» (la cursiva final es nuestra). También, GUERRERO LEBRÓN, M.J./GÓMEZ PORRÚA, J.M., «La responsabilidad...», cit., p. 1974.

¹⁰⁶⁷ En este sentido se expresa voto particular realizado por el Magistrado Excmo. Sr. D. Ignacio Sancho Gargallo a la STS nº 298/2012: «Ya se siga el criterio de la mayoría o el de este voto particular, cuando se haya justificado la calificación culpable del concurso de la sociedad porque en la generación o agravación de la insolvencia medió dolo o culpa grave de sus administradores o liquidadores (art. 164.1 LC), aunque sea apoyándose en la presunción de dolo o culpa grave del art. 165 LC, la responsabilidad *ex art. 172.3 LC* de los administradores o liquidadores que hubieran sido declarados personas afectadas por la calificación *estará en función de la incidencia que su conducta haya tenido en la agravación o generación de la insolvencia*» (la cursiva es nuestra).

2.4.3. La individualización de la cobertura del daño

Dejando al margen a los socios potencialmente responsables, el artículo 172 bis 1 LC dispone en su primer párrafo que el juez puede condenar *a todos o a algunos* de los administradores, liquidadores, de derecho o de hecho, o apoderados generales, que hubieran sido declarados personas afectadas por la calificación a la cobertura, total o parcial, del déficit. Posteriormente, en el tercer párrafo del mismo artículo 172 bis 1 LC se establece que de haber una pluralidad de sujetos condenados «la sentencia deberá individualizar la cantidad a satisfacer por cada uno de ellos, de acuerdo con la participación en los hechos que hubieran determinado la calificación del concurso»¹⁰⁶⁸.

Por tanto, es necesario *individualizar la cobertura del daño*. Delimitada la cuantía en que los gestores societarios han de ser considerados responsables concursalmente, *la Ley exige determinar qué sujetos, individualmente considerados, responderán y por qué cantidad, a la vista de cuál haya sido su participación en los hechos causantes del daño*¹⁰⁶⁹.

La Jurisprudencia ha ofrecido distintos criterios que pueden ayudar a la individualización del daño. Por ejemplo, se ha utilizado como criterio descontar el pasivo existente al momento en que el administrador responsable fue nombrado¹⁰⁷⁰.

¹⁰⁶⁸ Tanto el inciso del párrafo 1 como el párrafo 3 fueron novedades introducidas por la Ley 38/2011. Al respecto, con amplias referencias jurisprudenciales, GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ, J.A., «La responsabilidad concursal», *cit.*, pp. 308-310. Es de destacar que el autor considera (p. 309) que «[l]a necesidad de la valoración individualizada es el parecer que ha expresado nuestra jurisprudencia, para quien el criterio que deberá presidir en todo momento la graduación de esta responsabilidad y los límites de la condena deberá venir dado por la gravedad de las conductas que han servido para la calificación misma del concurso como culpable y por el grado de culpa imputable a cada una de las personas afectadas, lo que a su vez exigirá atender a la participación que hubieran tenido y a la mayor o menor intencionalidad, culpa o negligencia con que hubieran actuado». No considera relevante, en cambio, la influencia de su actuación en el resultado dañoso.

¹⁰⁶⁹ ALONSO UREBA, A., «La responsabilidad concursal del artículo 172 bis LC», *cit.*, p. 586, destaca que la exigencia legal de individualización «confirma también expresamente la exigencia de relación de causalidad entre la condena a cada afectado y “su participación en los hechos que hubieran determinado la calificación del concurso”».

La norma hace referencia a «los hechos que determinaron la calificación del concurso». Es posible que existan comportamientos que hayan influido en la generación o agravación del daño, pero que no hayan determinado la calificación del concurso como culpable, bien porque no se conozcan, bien porque no hayan resultado probados. En consecuencia, no podrán ser tenidos en consideración ni para la valoración del daño ni para la individualización del mismo.

¹⁰⁷⁰ En la sentencia STS (nº 56/2011 de 23 de febrero, que trata de un concurso que se declara culpable (la culpa de los administradores de la sociedad concursada, tanto de los que lo eran de hecho como de derecho, la presumió *iuris tantum* la Audiencia Provincial en la sentencia que resolvió en recurso de apelación sobre el mismo asunto, en aplicación de la norma del 165.2º, en relación con la del artículo 42, ambos de la LC) el fundamento jurídico sexto dispone: «El Juzgado de lo Mercantil aplicó el artículo 172, apartado 3, de la Ley 22/2.003, de 9 de julio, y condenó a los administradores demandados a satisfacer los

También, en supuestos en que la culpabilidad del concurso se deriva de la falta de solicitud tempestiva del mismo, hay sentencias (en que se sostiene la naturaleza sancionadora de la responsabilidad concursal), en que se defiende la aplicación de las mismas limitaciones de la responsabilidad establecidas para la responsabilidad por deudas *ex art. 367 LSC*¹⁰⁷¹.

La SAP Barcelona (Sección 15ª) núm. 154/2012 de 23 abril, en su fundamento jurídico 11, sostiene que «es cierto que para determinar el monto efectivo de la condena pueden tomarse en consideración otras circunstancias que resulten conocidas y que permitan concluir que al menos una parte de déficit no sea imputable, ni directa ni indirectamente, a los actos llevados a cabo por los administradores que han determinado la calificación culpable del concurso. Y en tal caso podrían encontrarse algunos conceptos, tales como los correspondientes a los intereses devengados por préstamos hipotecarios, que se habrían producido de todas formas con independencia de cuándo se hubiera instado el concurso o de cuáles sean las regularidades contables cometidas. El carácter privilegiado de ese crédito, y que el devengo no se interrumpa como consecuencia de la declaración del concurso, determinan que su importe se podría haber deducido a los efectos de determinar cuál es el concreto importe del déficit patrimonial del que responden los administradores. No ocurriría lo mismo respecto de los gastos de personal. Aunque los mismos se hubieran producido igualmente tras la declaración del concurso, lo que no es tan claro que efectivamente hubiera ocurrido, han supuesto una carga sobre la masa que no se ha acreditado que haya implicado, como contrapartida, un beneficio relevante para la misma. Por consiguiente, no existe razón que pueda justificar su exclusión a la hora de realizar la imputación atributiva del descubierto».

Por su parte, en la STS nº 298/2012, de 21 de marzo se expone: «En el caso de las conductas descritas bajo los ordinales 3º a 6º del art. 164.2, no debería resultar difícil mostrar en qué medida aquella específica conducta ha incidido en la insolvencia, y si no ha incidido no tiene sentido condenar a la cobertura total o parcial del déficit, pues no guarda relación con la finalidad perseguida. De hecho, en nuestro caso, el pago de una

derechos de los acreedores sociales en medida equivalente al total de lo que no percibieran en la liquidación de la masa activa. La Audiencia Provincial mantuvo esa condena, *pero redujo su importe, teniendo en cuenta que el ahora recurrente había ingresado, como socio y como administrador de hecho, en Restaurante Asador Vizcaya, SL en el año dos mil uno. Por ello restó del pasivo total de la concursada el existente con anterioridad al ejercicio correspondiente al mencionado año*».

¹⁰⁷¹ SAP nº 175/2008 de Pontevedra Sección 1ª, de 13 de marzo (AC 2008/1733), fundamento jurídico noveno.

deuda inexistente de 113.856 euros a favor de uno de los administradores y la detracción de 200.000 euros de la concursada, realizada por otro administrador, podían haberse incardinado también en los ordinales 4º ó 5º del art. 164.2 LC. Y es que en muchos casos el alzamiento de bienes y las enajenaciones fraudulentas habrán motivado, cuando menos, un agravamiento de la insolvencia, lo que debería ser tenido en consideración para condenar en su caso al pago del déficit». Y continúa: «Lo mismo sucede con el incumplimiento del convenio imputable al deudor (núm. 3 del art. 164.2 LC), aunque en ese caso la responsabilidad debería referirse a la diferencia de lo que hubieran cobrado los acreedores en caso de cumplimiento del convenio y lo realmente satisfecho en la liquidación. En cuanto a la simulación de la situación patrimonial ficticia, tipificada en el num. 6 del art. 164.2 LC, la relevancia de la simulación a los efectos de merecer la responsabilidad ex art. 172.3 LC estaría en función del efecto que hubiera podido provocar tal simulación». Finaliza: «Caso complicado es el de los ordinales 1º y 2º del 164.2. La realización de las conductas aquí tipificadas permite la presunción de la generación o agravamiento de la insolvencia (precisamente por ello se configura como presunción). Sin embargo, puede impedir que se determine en cuánto el comportamiento de los administradores ha generado/agravado la insolvencia. Por ello, a falta de una reflexión más profunda, siempre y cuando, concurriendo una calificación culpable fundada en una presunción de esta naturaleza (la mala llevanza contable que impide un conocimiento de la situación real de la sociedad), se presumirá que los administradores responden de la totalidad del déficit. Entiendo, también, que deben tener prueba en contrario, para detraer del déficit aquello que puedan probar que no generaron».

2.5. La expresa exclusión de la presunción de solidaridad intraorgánica

El artículo 172 bis 1 LC dispone, en su párrafo tercero, que «[e]n caso de pluralidad de condenados [porque, recordemos, «el juez podrá condenar a todos o a algunos de los administradores...»], la sentencia deberá individualizar la cantidad a satisfacer por cada uno de ellos, de acuerdo con la participación en los hechos que hubieran determinado la calificación del concurso».

A pesar de la claridad de la redacción, nos plantea dudas que la exigencia de individualización establecida en el párrafo tercero del artículo 172 bis 1 LC deba implicar una inaplicación, en todo caso, de la presunción de solidaridad propia de la

responsabilidad de administradores en Derecho societario. En cambio, debe descartarse de inicio, por el necesario recurso a las normas generales de Derecho común que establecen la regla de la mancomunidad, tal posibilidad en relación con sujetos ajenos al órgano.

Si, como se ha argumentado correctamente, ante una posible pluralidad de condenados el juez deberá tener en cuenta la estructura del órgano, existencia de delegaciones, reparto de tareas internas, etc., a la hora de determinar quiénes habrán de ser personas afectadas por la calificación (léase, potenciales responsables) (sirviendo las mismas estructuras que valen para la responsabilidad societaria)¹⁰⁷², resulta, cuanto menos, extraño, no acudir a la mismas estructuras para la imputación del daño en el caso de que las actuaciones determinantes de la producción del mismo se tomaran de manera colegiada.

Parece que la motivación que ha conducido al legislador a no prever la solidaridad intraorgánica pueda residir en que se le presume al juez del concurso, por la información de que dispone, la capacidad de conocer la intervención de cada sujeto considerado responsable (lo que permite, a su vez, la individualización que requiere el artículo 172 bis 1 III LC) que, diferenciaría el supuesto de responsabilidad concursal del societario, donde ante estructuras orgánicas de composición pluripersonal puede resultar –dependiendo del sistema de organización en el desempeño de las tareas que los distintos administradores tengan encomendadas- muy difícil en el caso concreto tal individualización. Sin embargo, consideramos una presunción de solidaridad similar a la establecida para régimen general de responsabilidad de administradores podría resultar igualmente necesaria en el contexto concursal, según el caso¹⁰⁷³, aunque se

¹⁰⁷² Cfr. QUIJANO GONZÁLEZ, J., «La responsabilidad concursal...», *cit.*, p. 61.

¹⁰⁷³ A favor, GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ, J.A., «La responsabilidad concursal», *cit.*, pp. 328-330; PUYOL MARTÍNEZ-FERRANDO, B., «La responsabilidad concursal de los administradores», en AAVV, *Gobierno Corporativo y Crisis Empresariales (II Seminario Harvard-Complutense de Derecho Mercantil)*, Marcial Pons, Madrid, 2006, pp. 280-281. Fundamentado en la proximidad probatoria, RODRÍGUEZ RUIZ DE VILLA, D./HUERTA VIESCA, M^a. I., *op. cit.*, pp. 718-719. Por su parte, VICENT CHULIÁ, F., «La responsabilidad...», *cit.*, p. 58, considera que la solidaridad estará vinculada al carácter sancionador de la responsabilidad, y «por tanto, debe quedar también al arbitrio judicial la posibilidad de una condena de carácter solidario, expresando su fundamento en la sentencia, porque sea imposible diferenciar la culpabilidad en que han incurrido los distintos administradores o liquidadores».

En contra, ALONSO UREBA, A., (antes y después de la reforma de la LC) «La responsabilidad concursal de los administradores...», *cit.*, pp. 541-542; ídem, «La responsabilidad concursal del artículo 172 bis LC», *cit.*, pp. 586-588; FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, L., «La responsabilidad concursal...», *cit.*, p. 713, 719; MAMBRILLA RIVERA, V., «Comentario al artículo 172», *cit.*, p. 2850; con reticencias, GUERRERO LEBRÓN, M.J./GÓMEZ PORRÚA, J.M., «La responsabilidad...», *cit.*, pp. 1970-1971; SEQUEIRA MARTÍN,

modulara dependiendo de la información de que dispusiera el juez¹⁰⁷⁴. Cuestión distinta es la posibilidad de considerar que esa solidaridad se extienda a sujetos ajenos al órgano de administración (apoderados generales), lo cual nos parece más controvertido¹⁰⁷⁵, y, en ningún caso, fundamentado en la existencia de una estructura orgánica como centro de imputación.

A./SACRISTÁN BERGIA, F./MUÑOZ GARCÍA, A., *op. cit.*, p. 213, PULGAR EZQUERRA, J., «La responsabilidad concursal...», *cit.*, p. 368-369.

¹⁰⁷⁴ Como refiere NIETO DELGADO, C., *op. cit.*, pp. 929-930, la solidaridad ya se venía aplicando en los tribunales (cfr. resoluciones citadas por el autor) en supuestos en que era imposible «disociar la contribución de los distintos administradores por la propia naturaleza de los hechos determinantes de la declaración de culpabilidad del concurso». Y concluye: «[N]o hay sin embargo una solución de cierre para los supuestos en que sea imposible discernir la participación de cada cual; no pudiendo entonces obviarse que, en la responsabilidad extracontractual, en caso de pluralidad de responsables sin posibilidad de individualizar las distintas culpas, viene aplicándose la regla de la solidaridad por razones de interés social vinculadas a la protección de la víctima».

¹⁰⁷⁵ Cfr. GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ, J.A., «La responsabilidad concursal», *cit.*, pp. 329-330.

CAPÍTULO IV. ALGUNOS APUNTES EN RELACIÓN CON LA EXTENSIÓN SUBJETIVA DE LA RESPONSABILIDAD

En este último Capítulo se estudiará la posible extensión de la responsabilidad derivada del incumplimiento del estatuto de deberes de los administradores en la crisis empresarial diseñado a lo largo de este trabajo a aquellos sujetos que, sin haber sido legalmente instituidos administradores societarios, actúan *de facto*¹⁰⁷⁶ como tales o a figuras que, en el específico ámbito de la responsabilidad, la Ley asimila, de una u otra manera, a los administradores sociales.

A. Responsabilidad societaria

1. Responsabilidad societaria del administrador de hecho

No es la intención de este trabajo tratar en profundidad la evolución y situación actual de la doctrina del administrador de hecho¹⁰⁷⁷. Sin embargo, es necesaria una referencia a la figura, que permita afrontar el análisis de las especialidades que en relación con la cuestión de la responsabilidad en la crisis puedan existir.

Desde un punto de vista dogmático, hemos de comenzar adhiriéndonos a la mejor doctrina, que considera que la disciplina del administrador de hecho permite «la extensión de la responsabilidad propia de los administradores sociales a aquel que, no habiendo sido nombrado regularmente por el órgano social competente¹⁰⁷⁸, haya

¹⁰⁷⁶ Como destaca LATORRE CHINER, N., *El administrador de hecho en las sociedades de capital*, Ed. Comares, Granada, 2003, p. 2: «en el ámbito del derecho de sociedades mercantiles (...) ocurre más veces de las que sería deseable, que la labor de administración se lleva a cabo por quien no está facultado legal o estatutariamente para ello».

¹⁰⁷⁷ Para una exposición de la evolución del concepto de administrador de hecho desde su carácter formalista (vinculado a la irregularidad del nombramiento del administrador) hasta su carácter funcional o material (centrada en la existencia de una efectiva injerencia en la gestión social), *vid.* LATORRE CHINER, N., *El administrador de hecho...*, cit., pp. 2-17; también, de manera más sintética, FUENTES NAHARRO, M., «Una aproximación al concepto de administrador de hecho y a la funcionalidad de la figura en los grupos de sociedades», en *Gobierno Corporativo y Crisis Empresariales (II Seminario Harvard-Complutense de Derecho Mercantil)*, Marcial Pons, Madrid, 2006, pp. 293-297.

¹⁰⁷⁸ Este supuesto tan amplio (los que no han sido *formalmente investidos*) ha sido concretado en los siguientes casos: (1) los administradores con cargo caducado, (2) los administradores cuyo nombramiento presente algún vicio de nulidad, aún habiendo sido formalmente designados, y (3) los sujetos que de hecho controlan la gestión societaria sin haber sido formalmente designados, se manifiesten o no frente a

participado en la gestión social¹⁰⁷⁹ o haya influido sistemáticamente en el proceso de toma de decisiones»¹⁰⁸⁰.

A diferencia de lo que sucedía en sus orígenes –en relación a nombramientos caducados o viciados- en la actualidad la doctrina del administrador de hecho está inescindiblemente vinculada a la idea del *poder de decisión*¹⁰⁸¹. En concreto, en el supuesto que estudia nuestra tesis, lo importante es si el administrador de hecho fue capaz de influir lo suficiente en la gestión en el periodo de crisis, ya sea provocando la misma, agravándola o afectando perjudicialmente a terceros que iniciasen negociaciones contractuales con la sociedad en dicho periodo.

Antes de la última reforma, nuestra doctrina ya admitía que puede ser considerado administrador de hecho tanto el que actúa frente a terceros como el que se mantiene oculto actuando a través de un administrador de derecho/testaferro. Precisamente, desde nuestro punto de vista, la calificación de un sujeto como administrador de hecho encuentra especial relevancia en aquellos supuestos en que *efectivamente ejerza poder de decisión en la gestión*. La cuestión de la manifestación frente a terceros, es decir, de que se presente ante el tráfico como *administrador aparente* será relevante a efectos de vinculación de la sociedad, pero no a los efectos de la conceptualización de la figura¹⁰⁸².

terceros. La cuestión de la manifestación frente a terceros en este último caso es un tema controvertido que se tratará posteriormente. Entre otros, exponiendo la fenomenología posible, FUENTES NAHARRO, M., «Una aproximación al concepto de administrador de hecho...», *cit.*, p. 297.

¹⁰⁷⁹ Subraya FUENTES NAHARRO, M., *op. y p. ult. cit.*, que el elemento de la actividad de gestión societaria requiere mayores precisiones, ya que no toda injerencia en la gestión atribuye al sujeto la condición de administrador de hecho, siendo necesaria en la injerencia la concurrencia de una serie de requisitos. La injerencia debe ser «1) positiva que recaiga sobre materias reservadas a los administradores de derecho de la sociedad, 2) ejercida de modo continuado, 3) con independencia, y 4) que cuente con el respaldo de la sociedad».

¹⁰⁸⁰ El entrecomillado es de ABRIANI, N., *Gli amministratori di fatto delle società di capitali*, Giuffrè, Milano, 1998, p. 3, en traducción nuestra. En nuestra doctrina, en el mismo sentido, entre otros, PERDICES HUETOS, A., «Significado actual de los “administradores de hecho”: los que administran de hecho y los que de hecho administran. A propósito de la STS de 24 de septiembre 2001 (RJ 2001, 7489)», *RdS*, 18/2002, p. 281; LATORRE CHINER, N., *El administrador de hecho...*, *cit.*, p. 2; FUENTES NAHARRO, M., «Una aproximación al concepto de administrador de hecho...», *cit.*, p. 296.

¹⁰⁸¹ Cfr. LATORRE CHINER, N., *El administrador de hecho en las sociedades de capital*, *cit.*, pp. 71-72 («La administración fáctica, en conclusión, lleva implícita la idea de un verdadero *poder autónomo de decisión*, lo que significa que el administrador de hecho debe ser capaz de decidir el destino comercial y financiero de la empresa, de imponer sus decisiones y de influir de forma determinante en la gestión, simplemente, del mismo modo que lo haría el administrador de derecho»); FUENTES NAHARRO, M., «Una aproximación al concepto de administrador de hecho y a la funcionalidad de la figura en los grupos de sociedades», *cit.*, p. 299 (que concibe la administración fáctica como «un verdadero poder autónomo de decisión»).

¹⁰⁸² No se va a profundizar más en esta cuestión, que tanto debate doctrinal ha sugerido, limitándonos simplemente a destacar las diferentes posiciones existentes hasta la fecha. Un sector admite al

El derogado artículo 133 LSA establecía en su párrafo 2, al respecto del régimen de responsabilidad de los administradores que «[e]l que actúe como administrador de hecho de la sociedad responderá personalmente frente a la sociedad, frente a los accionistas y frente a los acreedores del daño que cause por actos contrarios a la ley o a los estatutos o por los realizados incumpliendo los deberes que esta ley impone a quienes formalmente ostenten con arreglo a ésta la condición de administrador»¹⁰⁸³. El posterior artículo 236.1 LSC ya estableció que «[l]os administradores de *derecho o de hecho como tales*, responderán frente a la sociedad, frente a los socios y frente a los acreedores sociales, del daño que causen por actos u omisiones contrarios a la ley o a los estatutos o por los realizados incumpliendo los deberes inherentes al desempeño del cargo» (la cursiva es nuestra). En su última redacción, el artículo 236.3 LSC dispone: «La responsabilidad de los administradores se extiende igualmente a los

administrador indirecto como administrador de hecho, siendo prescindible el requisito de la actuación en primera persona. Entre otros, ABRIANI, N., *Gli amministratori di fatto delle società di capitali*, cit., pp. 235-237 [quien entiende, en línea con la jurisprudencia inglesa, que para considerar a una persona administrador de hecho *indirecto* es necesario determinar (1) quiénes son los administradores de derecho de la sociedad; (2) que el administrador *oculto o indirecto* ha indicado a los administradores de hecho cómo actuar; (3) que éstos últimos han actuado conforme a las instrucciones recibidas; (4) que éste es el comportamiento habitual de los administradores de derecho]. En nuestra doctrina, en el mismo sentido, PERDICES HUETOS, A., «Significado actual de los “administradores de hecho”...», cit., p. 284 [en relación con los administradores, de hecho, *ocultos*, entiende que «son quienes “inducen” a los administradores a gestionar tal y como lo hacen, y, en ese sentido, son tan responsables de lo actuado como quien materialmente lo ha llevado a cabo»]; LATORRE CHINER, N., *El administrador de hecho...*, cit., pp. 72-75 (señalando que, al margen del modo de actuación, las consecuencias a efectos de responsabilidad han de ser las mismas); FUENTES NAHARRO, M., «Una aproximación al concepto de administrador de hecho...», cit., 303, 307-308. En contra, (aunque el pronunciamiento es anterior a la redacción del actual articulado) QUIJANO GONZÁLEZ, J., *La responsabilidad civil de los administradores de la sociedad anónima*, Valladolid, 1985, pp. 355-356, quien consideraba que faltando en este supuesto el elemento de la *apariencia*, la responsabilidad no podrá considerarse societaria, sino extracontractual conforme a las normas de Derecho común. Ya en vigor la LSC el autor incluye en el ámbito de aplicación de la responsabilidad orgánica, aunque destaca que se trata de casos problemáticos, aquellos supuestos en que «sin formar parte del órgano, se ejerce desde fuera una influencia relevante sobre sus decisiones», siendo necesario, en estos casos, «que la influencia sea tan determinante y continuada que permita imputar, en última instancia, las decisiones del órgano a quien la ejerce, en tanto que la capacidad para decidir se ha desplazado a quien la ejerce» (QUIJANO GONZÁLEZ, J., «Comentario al artículo 236», en ROJO, A./BELTRÁN, E. (dirs.), *Comentario de la Ley de Sociedades de Capital*, T. II, Civitas, Navarra, 2011, p. 1703).

Cuestión distinta es la de si la falta de apariencia dificulta la prueba de la existencia de administrador de hecho. *Vid.*, sobre el tema de los indicios que pueden y suelen ser tenidos en consideración a la hora de calificar a un sujeto como administrador de hecho, MARTÍNEZ SANZ, F., «Los administradores responsables», en ROJO, A./BELTRÁN, E. (dir.), *La responsabilidad de los administradores de las sociedades mercantiles*, 5ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, pp. 62-69.

¹⁰⁸³ Artículo redactado por la «Ley de Transparencia» de 2003. Al respecto de esta norma, LATORRE CHINER, N., *El administrador de hecho...*, cit., p. 172-174, manifestaba: «la nueva redacción del artículo 133.2 LSA plantea nuevas dudas interpretativas sobre los límites de la figura, en concreto, sobre el sentido amplio o restringido de su significado». La autora consideraba que «el término “administrador de hecho” debe entenderse en un sentido restringido, no comprensivo del administrador del grupo ni del apoderado o director general».

administradores de hecho. A tal fin, tendrá la consideración de administrador de hecho tanto la persona que en la realidad del tráfico desempeñe sin título, con un título nulo o extinguido, o con otro título, las funciones propias de administrador, como, en su caso, aquella bajo cuyas instrucciones actúen los administradores de la sociedad».

En definitiva, el administrador de hecho responde como el de derecho en tanto que, desempeñando el ejercicio efectivo del cargo de administrador societario, produce daños a al patrimonio social, a socios o terceros¹⁰⁸⁴. Es necesario destacar –aún a riesgo de resultar redundantes- que, de la misma manera que no cualquier *usurpación* de las funciones de gestión es suficiente para considerar a un sujeto como administrador fáctico de la sociedad, no se aplica tampoco el régimen de la responsabilidad societaria a cualquier daño producido al patrimonio, bien societario, bien de socios o terceros vinculados con la sociedad, por aquél que es considerado administrador de hecho. Como si de un administrador de derecho se tratara, la imputación de responsabilidad deberá fundamentarse en el incumplimiento de las obligaciones que, legal o estatutariamente se imponen a los administradores de derecho¹⁰⁸⁵.

1.1. La cuestión de la solidaridad

Como sabemos, el artículo 237 LSC establece el carácter solidario de la responsabilidad societaria. El problema que se ha apuntado en relación con el administrador de hecho es si «la circunstancia de que el administrador de hecho no sea un miembro del órgano de administración formalmente instituido impide el juego de la solidaridad respecto de él, lo que conlleva, de un lado, que no es legitimado pasivo en tanto no se le demande de forma particular, y, de otro, que la carga de la prueba no sufre inversión alguna, debiendo el demandante probar no sólo los presupuestos de la responsabilidad sino la condición misma de administrador de hecho del sujeto en cuestión»¹⁰⁸⁶.

Sin embargo, en relación con esta cuestión, nos inclinamos a considerar que el problema se produce sólo a la hora de determinar la existencia del administrador de hecho, y, más

¹⁰⁸⁴ Por todos, LATORRE CHINER, N., *El administrador de hecho...*, cit., p. 180: «El administrador de hecho actúa como un administrador de derecho y es dicha actuación, negligente, contraria a la ley o los estatutos, la causante de daños al patrimonio social».

¹⁰⁸⁵ Entre otros, ABRIANI, N., *Gli amministratori di fatto...*, cit., pp. 216-222, esp. p. 221; LATORRE CHINER, N., *El administrador de hecho...*, cit., pp. 181-182.

¹⁰⁸⁶ LATORRE CHINER, N., *El administrador de hecho...*, cit., pp., 185-186.

concretamente, a la hora de probar si ostentaba tal condición en el momento de producirse el evento dañoso. Ello coloca la exigencia de la prueba del demandante en un estadio previo, tal es el de determinar en sí misma la existencia del administrador fáctico y la vigencia del mismo en el «cargo» en el momento en que se produjo el ilícito, para poder considerarlo miembro del órgano y, por tanto, susceptible de ser responsable solidariamente¹⁰⁸⁷. Pero una vez realizada la atribución de la condición de administrador, aunque fáctico, la imputación de responsabilidad se produce del mismo modo que al resto de los miembros de administración. Por su parte, el supuesto administrador de hecho, para exonerarse de responsabilidad, tendrá que realizar una especie de *prueba exoneratoria en dos fases*: en primer lugar, intentará probar su «no condición» de administrador de hecho; en segundo lugar, que no intervino en el acto, que hizo todo lo posible por evitarlo o que se opuso expresamente a él (cuestión distinta es cómo demuestra su no intervención o manifiesta su oposición). En este momento puede surgir un nuevo problema que estudiaremos a continuación: si le son imputables al administrador de hecho comportamientos omisivos.

1.2. Responsabilidad por omisión. Vinculación con la responsabilidad por las obligaciones sociales

Especialmente relevante al objeto del estudio de la responsabilidad del administrador de hecho en el contexto de la crisis empresarial es el **supuesto de la responsabilidad por omisión** –que, como veremos, se vincula a efectos de nuestro estudio con el supuesto específico de la responsabilidad por las obligaciones sociales- cuya polémica reside en «si debe presumirse que el ejercicio fáctico de las funciones de administración se traduce en la asunción de los mismos deberes y responsabilidades que la Ley exige para los administradores legalmente designados». Si se responde positivamente a esta cuestión, cabría imputar a los administradores la responsabilidad derivada no sólo de sus acciones («actos positivos de gestión»), sino también la derivada de «la omisión de un deber jurídico de actuar que se traduzca en un daño a la sociedad». Así, «una vez “nacido” el administrador de hecho, la administración también se convierte para él en

¹⁰⁸⁷ Lo que habrá que probar es que el administrador es miembro del «centro unificado de imputación». Cuestión distinta son los problemas procesales que ello plantea.

una obligación, pudiendo devenir sujeto responsable por dejar de observar las obligaciones inherentes a la buena marcha de dicha gestión social»¹⁰⁸⁸.

De admitir esta tesis, el administrador de hecho habría de asumir y, por ende, responder, no sólo por sus acciones, sino por el incumplimiento de deberes legalmente impuestos a los administradores de derecho. Ello plantea la discusión de en qué medida se puede exigir al administrador el cumplimiento de funciones para cuyo desempeño carece de competencia formal¹⁰⁸⁹.

Nosotros entendemos, en primer lugar, que en tanto que la existencia del administrador de hecho se vincula, especialmente, a la posibilidad de dar instrucciones o influir en la gestión, se debe presumir del administrador esta capacidad de influencia en el órgano de administración para que éste último cumpla con las obligaciones que legalmente le son impuestas. Lo mismo es aplicable al supuesto de que actúe por persona interpuesta. En el caso de que no fuera capaz ni tan siquiera de solicitar al órgano de administración el cumplimiento de esas obligaciones o deberes formales, lo que habría es que reconsiderar la premisa, tal es, si el sujeto continúa siendo administrador de hecho¹⁰⁹⁰. Además, en el caso de que instara el cumplimiento de dichos deberes –él o aquél en quien influya- al Consejo y no se llevaran a cabo, el supuesto administrador fáctico

¹⁰⁸⁸ Exponiendo esta tesis, FUENTES NAHARRO, M., «Una aproximación al concepto de administrador de hecho...», *cit.*, pp. 304-305. Comenta la autora que la polémica se ha avivado por la evolución de la jurisprudencia de nuestro país, que ha hecho responsable al administrador de hecho de daños derivados del incumplimiento de obligaciones para las cuales no está legitimado formalmente –responsabilidad por culpa *in ommittendo*- conduciendo a «una situación ciertamente paradójica», tal es responsabilizar al administrador de hecho por el no desempeño de funciones para las cuales no está legalmente legitimado.

¹⁰⁸⁹ LATORRE CHINER, N., *El administrador de hecho...*, *cit.*, pp. 187-189, entiende que «algunas obligaciones impuestas al órgano de administración pueden incidir única y exclusivamente en los administradores de derecho y no entender, por el contrario, que son aplicables al gestor de hecho todos los preceptos dictados en materia de administración social». Considera la autora que es necesario «atender a la finalidad normativa de los distintos preceptos», incluyendo aquellos en que prevalezca el «aspecto sustancial del fenómeno» y excluyendo los de «orden formal». . En el mismo sentido, FUENTES NAHARRO, M., «Una aproximación al concepto de administrador de hecho...», *cit.*, p. 305. En Italia parece ser doctrina mayoritaria. Cfr. ABRIANI, N., *Gli amministratori di fatto...*, *cit.*, pp. 268-269; BARTALINI, G., *La responsabilità degli amministratori e dei direttori generali di società per azioni*, UTET, Torino, 2000, pp. 300-301.

¹⁰⁹⁰ El administrador de hecho, una vez surge la figura, no tiene por qué existir *ad eternum*. Es decir, la ausencia de nombramiento válido también plantea el problema de la ausencia de cese regular en el cargo. Por tanto, a los efectos de imputación de responsabilidad sería necesario entender que ejercía las funciones de administración en el momento en que se produjo el daño o, si en ese momento ya no ejerciera tales labores, que las desarrollaba en el momento en que se realizó la actuación causante del daño posteriormente verificado. Así, se plantean dos posibilidades: (a) que una vez ejercidas funciones que hacen nacer al administrador de hecho se presuma que continuaba ejerciéndolas cuando se produjo el acto generador de la responsabilidad, pesando sobre el administrador de hecho la carga de la prueba en contrario o (b) que pese sobre aquél que alega la existencia del administrador de hecho la prueba de la vigencia del mismo en el cargo al momento de realizarse la acción que generó la responsabilidad.

contaría con una causa de exoneración de responsabilidad, ya que se podría entender que *hizo todo lo conveniente para evitar la producción del daño*, en línea con lo que dispone el artículo 237 LSC. Cuestión distinta, y más difícil, es la de la prueba: si es complicado demostrar que un sujeto es administrador de hecho, más complicado es aún exigir a un sujeto que pruebe, a efectos de exoneración *ex* artículo 237 LSC, que intentó que se cumpliera con el deber, en mayor medida si no admite su condición de administrador de hecho, en cuyo caso difícilmente podrá probar que se opuso a la conducta.

Dentro del supuesto de la responsabilidad del administrador por incumplimiento de deberes *formales*, resulta especialmente relevante en el contexto de la crisis empresarial en que se enmarca esta tesis, **el caso de la responsabilidad por obligaciones sociales derivada de la no convocatoria en plazo de la Junta que ha de acordar la disolución** (art. 367 LSC)¹⁰⁹¹, cuestión en que la doctrina nacional se encuentra especialmente dividida, según consideren que la responsabilidad del 367 LSC se deriva del simple incumplimiento del deber de convocar la Junta, para el cual no tiene competencia (tesis formal) o si se trata del incumplimiento del deber de evitar que una situación continúe operando en situación de pérdidas cualificadas (tesis vinculada a la finalidad de la norma)¹⁰⁹².

Nos adherimos a quienes entienden que el administrador de hecho ha de ser considerado responsable con fundamento en la finalidad de esta norma de responsabilidad de impedir que la sociedad siga operando en el tráfico. Por tanto, el administrador de hecho

¹⁰⁹¹ Observa MARTÍNEZ SANZ, F., «Los administradores responsables», *cit.*, p. 70, que la Ley de Transparencia no modificó el texto del 262.5 LSA en el sentido en que modificó el 133 LSA, introduciendo expresamente la figura del administrador de hecho. Y así se mantiene en el art. 367 LSC.

¹⁰⁹² A favor de la extensión, entre otros, MACHADO PLAZAS, J., *Pérdida del capital social...*, *cit.*, p. 340 nota 524; BELTRÁN SÁNCHEZ, E., ««La responsabilidad...», *cit.*, p. 288; ROJO, A., «Los deberes legales...», *cit.*, p. 1440; PERDICES HUETOS, A., «Significado actual de los “administradores de hecho”...», *cit.*, p. 283; MARTÍNEZ SANZ, F., «Los administradores responsables», *cit.*, pp. 70-73; LATORRE CHINER, N., *El administrador de hecho...*, *cit.*, pp. 193-196 (quien distingue este supuesto del incumplimiento de deberes para los que el administrador de hecho no está formalmente legitimado teniendo en cuenta *la finalidad del precepto*, que no es tanto responsabilizar a los administradores por la no convocatoria de la junta que habrá de acordar la disolución como «la continuación negligente de la actividad económica de la sociedad»); RODRÍGUEZ RUIZ DE VILLA, D./HUERTA VIESCA, M^a. I., *op. cit.*, pp.194-203 (vinculando la responsabilidad del administrador de hecho *ex* art. 367 LSC a la existencia de un régimen de actuación de los mismos que se deduciría del art. 236.1 LSC); GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ, J.A., «La responsabilidad de los administradores por no promoción...», *cit.*, p. 82; BATALLER, J., «Comentario al artículo 367», *cit.*, pp. 2576-2577. En contra, JUSTE MENCÍA, J., «En torno a la aplicación del régimen de responsabilidad de los administradores al apoderado general de la sociedad», *RdS*, 14/2000, p. 455; ARROYO MARTÍNEZ, I., «Comentario al artículo 133», en ARROYO, I./EMBED, J.M./GÓRRIZ, C. (coord.), *Comentarios a la Ley de Sociedades Anónimas*, vol. II, 2^a ed., Tecnos, Madrid, 2009, p. 1546.

será responsable si no hace todo lo posible para que el órgano de administración convoque la Junta¹⁰⁹³. Además, en caso de que el órgano de administración no convoque la Junta, siendo el administrador de hecho también socio, estará en disposición de solicitar formalmente como socio al órgano la convocatoria (art. 365.1 p. 2 LSC), y en el supuesto de que no sea socio o su solicitud no sea atendida, habrá de instar la disolución judicial como interesado (art. 366.1 LSC).

En definitiva, el administrador de hecho responde como el de derecho precisamente por su influencia. Sólo cuando deje de tener dicho poder y no pueda evitar que la sociedad continúe operando tras la causa de disolución no será responsable. Lo contrario, como se ha destacado, supondría otorgar al administrador de hecho una situación privilegiada con respecto a los de derecho en base a un argumento estrictamente formal¹⁰⁹⁴.

1.3. El supuesto de la injerencia *ni sistemática ni continuada*

Como expusimos al principio, la doctrina del administrador de hecho permite «la extensión de la responsabilidad propia de los administradores a aquellos que, sin haber sido formalmente investidos, han participado en la gestión social o han influido sistemáticamente en la toma de decisiones», no siendo posible considerar administrador de hecho al que interfiere en la gestión de manera esporádica u ocasional¹⁰⁹⁵. Por tanto, para el supuesto de daños producidos por *actos singulares de gestión* la responsabilidad será aquiliana, no societaria¹⁰⁹⁶.

Para imputar daños por responsabilidad aquiliana es necesario que el acto sea objetivamente imputable al comportamiento del deudor. A priori, ello no presenta especiales problemas en el supuesto de intromisión por parte de un tercero en la contratación (*culpa in contrahendo* vinculado a la generación de especial confianza en el tercero), y tampoco, como se ha apreciado al estudiar este mecanismo de imputación de responsabilidad, en el caso de intromisión por parte de ese tercero en la ejecución del

¹⁰⁹³ Exponiendo las opciones de que dispone el administrador de hecho para el cumplimiento del deber, cfr., por todos LATORRE CHINER, N., *El administrador de hecho...*, cit., pp. 193-196.

¹⁰⁹⁴ Entre otros, LATORRE CHINER, N., *El administrador de hecho...*, cit., pp. 195-196; MARTÍNEZ SANZ, F., «Los administradores responsables», cit., p. 73.

¹⁰⁹⁵ ABRIANI, N., *Gli amministratori di fatto...*, cit., pp. 224-225. En el mismo sentido LATORRE CHINER, N., *El administrador de hecho...*, cit., p. 70; FUENTES NAHARRO, M., «Una aproximación al concepto de administrador de hecho...», cit., pp. 298-299.

¹⁰⁹⁶ Cfr., por todos, ABRIANI, N., *Gli amministratori di fatto delle società di capitali*, cit., p. 226, con amplias citas a doctrina comparada en n. 107.

contrato (supuesto en que el comportamiento del que interfiere, aunque no sea a título de administrador de hecho, es el determinante para la decisión de la sociedad de incumplir un contrato específico en perjuicio de un acreedor determinado).

En cambio, no se puede, en principio, considerar que existe un incumplimiento del deber de diligente control por parte de los administradores del nivel de riesgo asumido por la sociedad, por parte de un sujeto al que no se le puede atribuir la condición de administrador, ni siquiera de hecho, en tanto su intromisión es esporádicamente, «entrometiéndose» en actos aislados y sin reiteración. En cualquier caso, si existiera un daño derivado de una influencia trascendente derivada de un comportamiento, aunque singular o aislado, en relación con la generación o agravamiento de la insolvencia (p. ej. si la única actuación del sujeto es ordenar al Consejo la asunción de una deuda que sitúe a la sociedad en una situación de preinsolvencia que, posteriormente, deriva en insolvencia) la imputación de responsabilidad deberá fundamentarse en el artículo 1902 CC.

2. Responsabilidad «societaria» del apoderado general. En especial, el Director General

2.1. Introducción

En la actualidad, el artículo 249.1 LSC, de manera casi idéntica a lo que disponían las legislaciones societarias anteriores, establece con respecto de la delegación de facultades del Consejo de Administración: «Cuando los estatutos de la sociedad no dispusieran lo contrario y *sin perjuicio de los apoderamientos que pudiera conferir a cualquier persona*, el consejo de administración podrá designar de entre sus miembros a uno o varios consejeros delegados...». En esta disposición (con sistemática similar a la que ya se encontraba en la LSA 1951) «se arbitran, por consiguiente, dos procedimientos para articular el órgano administrativo: la *delegación* y el *apoderamiento*. En virtud del primero se crean las figuras del “Consejero delegado” y de la “Comisión ejecutiva”, en tanto que con el apoderamiento es posible dar vida a una amplia gama de figuras que abarca desde el Director General hasta el simple apoderado singular para un negocio concreto. En esencia, ambos procedimientos consisten en atribuir a determinadas personas una esfera de competencia integrada por funciones que

en principio corresponden al órgano administrativo en sentido estricto»¹⁰⁹⁷. En primer lugar, se hará una breve referencia a la figura del apoderado general, para, posteriormente, tratar la del Director General, en lo que difiera de la primera. Finalmente, se hará una breve referencia a la figura establecida en el nuevo artículo 236.4 LSC.

2.2. El apoderado general. Su relación con la figura del administrador de hecho a efectos de responsabilidad societaria

La figura del apoderado general en el ámbito societario –cuya noción más elemental se limitaría a *aquél sujeto a quien la sociedad, a través de la capacidad legalmente conferida al Consejo de Administración, otorga poderes generales*¹⁰⁹⁸ de representación de la misma- no debería presentar a efectos del estudio de la responsabilidad societaria, en principio, mayor complejidad ya que, a diferencia de lo que sucede con el administrador de hecho, no forma parte de los sujetos que pueden ser considerados responsables *ex* artículo 236 LSC¹⁰⁹⁹. La no inclusión del apoderado general en el ámbito subjetivo de la normativa de responsabilidad societaria se ha de vincular, necesariamente, a la ausencia, *a priori*, de poder de decisión por parte del

¹⁰⁹⁷ RODRÍGUEZ ARTIGAS, F., «Notas sobre el régimen jurídico del director general de la S.A.», en AAVV, *Estudios jurídicos en homenaje a Joaquín Garrigues*, T. III, Tecnos, Madrid, 1971, p. 118. En similar sentido, MARÍN DE LA BÀRCENA GARCIMARTÍN, F., «Responsabilidad concursal», *cit.*, p. 154.

¹⁰⁹⁸ JUSTE MENCÍA, J., *Factor de comercio, gerente de empresa, director general (Estudio jurídico mercantil)*, Publicaciones del Real Colegio de España, Bolonia, 2002, p. 228: «El apoderamiento consiste en un negocio unilateral del principal, por el que se autoriza al gerente o factor para realizar los actos propios de la posición que ocupa en el escalón jerárquico de la organización mercantil».

La existencia de un poder general, que necesariamente ha de estar inscrito (art. 94.1.5º RRM) evita en el contexto societario el principal problema que presentaba en el tráfico y en la doctrina la figura del factor de comercio [(el prof. MENÉNDEZ en un ya clásico estudio sobre los auxiliares del empresario, ofrecía una noción del factor de comercio como aquel *apoderado general para todos los actos relativos al tráfico de la empresa, que asume dentro de la misma una posición semejante a la del empresario y que depende directamente de su principal*, (MENÉNDEZ MENÉNDEZ, A., «Auxiliares del empresario», *RDM*, 72/1959, pp. 282-283)] , que era, precisamente, la extensión del poder y la cuestión de la oponibilidad a frente a terceros del mismo, así como la eficacia o ineficacia de las limitaciones inscritas a dicho poder. *Vid.* por todos, MENÉNDEZ MENÉNDEZ, A., *op. cit.*, pp. 284-295.

¹⁰⁹⁹ Para un completo estudio de la responsabilidad civil del gerente de empresa, *vid.*, JUSTE MENCÍA, J., *Factor de comercio...*, *cit.*, pp. 198-214. En especial, en la misma obra, sobre la oportunidad de extender el régimen de responsabilidad de los administradores a los gerentes en el ejercicio de las competencias asumidas por éstos últimos, pp. 210-213. Destacamos, de las razones a favor de tal extensión expuestas por el autor «la práctica identidad de funciones entre administradores y gerentes en lo tocante a la gestión de la empresa».

apoderado, en tanto que sometido a su principal¹¹⁰⁰. Cuestión distinta es el supuesto en que el apoderado ostente un poder de influencia en la gestión semejante al de un administrador. En este supuesto, simplemente, le será de aplicación la normativa relativa al administrador de hecho¹¹⁰¹. En este sentido, es necesario destacar la importancia de no atribuir de manera automática al apoderado general la condición de administrador fáctico por el simple hecho de ostentar un poder general. Tal condición ha de venir determinada por la concurrencia de todos los elementos que se estudiaron anteriormente, *que se sintetizan en el ejercicio efectivo de un poder independiente y continuo de decisión en la gestión societaria, no por la extensión del poder*¹¹⁰².

2.3. El supuesto del Director General. La relevancia del poder de decisión

El problema de la configuración jurídica del Director General en nuestro Derecho no es nuevo¹¹⁰³. A los efectos de este estudio, la ausencia de una noción legalmente establecida¹¹⁰⁴ dificulta la respuesta a determinadas cuestiones en el marco de la responsabilidad, tanto societaria como concursal, por lo que consideramos oportuno

¹¹⁰⁰ LATORRE CHINER, N., «Administrador de hecho y apoderado general (Comentario a la STS de 8 de febrero de 2008 [RJ 2008, 2664])», *RdS*, 32/2009, p. 394.

¹¹⁰¹ Por todos, LATORRE CHINER, N., «Administrador de hecho y apoderado general...», *cit.*, p. 395: «el apoderado general es susceptible de ser calificado de administrador de hecho cuando de forma continuada desempeñe la actividad de gestión propia de los administradores, sin someterse al mandato de éstos o con independencia de los mismos».

¹¹⁰² Entre otros, MARTÍNEZ SANZ, F., «Los administradores responsables», *cit.*, p. 65.

¹¹⁰³ Ya el maestro GIRÓN TENA, J., *Derecho de sociedades anónimas...*, *cit.*, p. 369, destacaba la complejidad del estudio de la figura del Director General, que entendía se debía «a que la actividad que desempeñan es de verdadera gestión negocial con gran amplitud interna y externa». Más recientemente, JUSTE MENCÍA, J., *Factor de comercio...*, *cit.*, p. 23, exponía: «Parte de la complejidad que hoy presenta la figura del director general o gerente, desde la perspectiva jurídico-mercantil, se debe a algunas particularidades de su evolución histórica, que puede ser contemplada en dos planos distintos: el de su incardinación entre los auxiliares del comerciante, y el de su tratamiento jurídico-societario. Propiamente, sólo entre las normas relacionadas con el primero (y, más concretamente, las relativas al factor) ha existido un régimen completo de estas figuras gerenciales, aunque matizadas según la época histórica (anterior a la codificación) y al sector económico (el comercio) para el que nacieron, régimen que, además, ha quedado invariado desde la promulgación, ya lejana en el tiempo del actual Ccom».

¹¹⁰⁴ Las referencias a los Directores Generales presentes en normas sancionadoras de carácter administrativo no se detienen en la cuestión de determinación de la figura, por lo que no se pueden considerar de suficiente entidad como para entender que ofrecen una solución legislativa a esta cuestión. En este sentido, GALLEGO SÁNCHEZ, E., *El director general de las sociedades anónimas y de responsabilidad limitada*, La Ley, Madrid, 2009, pp. 653-656.

ofrecer una noción que destaque las especialidades de esta figura que puedan ser relevantes en el ámbito de la responsabilidad¹¹⁰⁵.

Es necesario comenzar por lo básico: el Director General no es órgano¹¹⁰⁶. A nuestro entender –y partimos de la libertad que otorga la ausencia de regulación jurídica- el Director General es un auxiliar del empresario que ocupa un cargo directivo en la sociedad, desempeñando funciones de alta gestión en la misma¹¹⁰⁷, subordinado al órgano de administración y bajo sus instrucciones¹¹⁰⁸ y que puede tener, aunque no es

¹¹⁰⁵ Para estudios monográficos sobre esta figura, *vid.*, en nuestra doctrina, RODRÍGUEZ ARTIGAS, F., «Notas sobre el régimen jurídico del director general de la S.A.», *cit.*, p. 130-131; JUSTE MENCÍA, J., *Factor de comercio...*, *cit.*, p. 121; GALLEGU SÁNCHEZ, E., *El director general...*, *cit.*, pp. 27-70.

¹¹⁰⁶ En nuestra doctrina ya clásica, URÍA, R., en GARRIGUES, J./URÍA, R., *Comentario a la Ley de Sociedades Anónimas*, T. 1, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1952, p. 575: «En la vida de las sociedades anónimas se designan con las denominaciones de “director gerente”, “director general” o “gerente” simplemente, aquellas personas ajenas al consejo de administración que por delegación de éste llevan la dirección inmediata de los asuntos sociales. El director o gerente asume la figura de un mandatario o apoderado general, factor, según el art. 283 del C. de c., que no forma parte del órgano administrativo y está ligado a la sociedad por una relación contractual, mezcla de mandato y de arrendamiento de servicios». Para una síntesis de la cuestión en vigencia de la LSA 1951, *vid.*, RODRÍGUEZ ARTIGAS, F., «Notas sobre el régimen jurídico del director general de la S.A.», *cit.*, p. 131.

Ya vigente la LSA 1989, *cfr.*, por todos, JUSTE MENCÍA, J., «En torno a la aplicación del régimen de responsabilidad de los administradores al apoderado general de la sociedad», *RdS*, 14/2000, pp. 448-449, quien considera «muy discutible que la vigente legislación consiente la calificación del Director General como órgano, con la consecuencia de resultarle aplicable el estatuto legal del administrador», crítico con la STS de 20-10-1998 que admite tal posibilidad.

En Italia el art. 2396 *c.c.* dispone que la normativa de responsabilidad societaria de los administradores será de aplicación también a los Directores Generales nombrados por la Junta o por disposición estatutaria. Ello ha planteado la discusión en la doctrina sobre la naturaleza, orgánica o no, del Director general nombrado por Junta o disposición estatutaria. Para una completa explicación de las distintas posiciones, *vid.*, ABBADESSA, P., «Il direttore generale», en COLOMBO, G.E./PORTALE, G.B. (dir.), *Tratatto delle società per azioni*, vol. 4, UTET, Torino, 1995, pp. 465-471.

La legislación francesa considera al Director General como un *auxiliar del Presidente del Consejo y mandatario del Consejo de Administración*, investido de tales poderes que se ha llegado a considerar que su presencia otorga a la administración de la sociedad una especie de estructura *bicéfala*. Así, *cfr.*, GUYON, Y., *Droit des affaires*, T. 1, 9ª ed., Economica, Paris, 1996, pp. 356-359.

¹¹⁰⁷ GALLEGU SÁNCHEZ, E., *El director general...*, *cit.*, pp. 27-70, ofrece una *delimitación del supuesto* a través del análisis de una serie de *notas caracterizadoras* del mismo. Para ello recurre, a su vez, a dos criterios, el *funcional* y el *estructural*. Según el primero, el Director General queda delimitado atendiendo a las funciones que le son atribuidas, esto es, las de *alta dirección*, para lo que la autora, en línea con la doctrina nacional aquí referida, considera imprescindible acudir al art. 1.2 del RD 1382/1985 de 1 de agosto. Entiende que son elementos de dicho criterio funcional *el poder de decisión, el poder de representación y la extensión del poder*. En cuanto al criterio estructural, el Director General se encuentra en la cúspide de la estructura gerencial de la empresa y que «coparticipa con el órgano de administración del núcleo superior de decisión general de la entidad».

¹¹⁰⁸ En este sentido, GALLEGU SÁNCHEZ, E., *El director general...*, *cit.*, p. 41, considera que las instrucciones del órgano de administración «han de restringirse a directrices generales formuladas en el ámbito de la programación de la política general, pues resulta incompatible con el ejercicio autónomo de las amplias facultades atribuibles al mismo la imposición de órdenes concretas y precisas que, sin margen alguno, acoten su actuación de aquél».

necesario, la condición de apoderado general¹¹⁰⁹. Lo relevante no es tanto la extensión de su poder de representación de la sociedad como su *autonomía para la gestión de la misma*, aunque, como hemos destacado en la noción ofrecida, dicha capacidad esté *necesariamente* subordinada a las instrucciones del órgano de administración, órgano que tiene atribuido por ley el que podríamos llamar *poder originario de gestión*¹¹¹⁰.

En este sentido, entendemos, y la práctica parece ratificarlo, que cabe la existencia de Directores Generales de áreas determinadas (Director General de Producción, Director General Financiero...). Su carácter de Director General derivará no de que sea apoderado general, sino de ser el primer empleado laboral en el segundo escalón jerárquico de la empresa, con subordinación directa y sin intermediarios al órgano de administración, con control sobre una rama con entidad suficiente del negocio empresarial¹¹¹¹. Expresión de esta realidad es la existencia, en muchas estructuras empresariales, no de la figura de un único director general, sino de un *Comité de Dirección*, cuyos miembros entendemos, son individualmente responsables, en el ámbito de su competencia, en el mismo sentido que lo es el *clásico* Director General *único*.

Por tanto, en el ámbito de la responsabilidad, lo esencial, a nuestro entender, ha de ser la autonomía decisoria del Director General (o sectorial, en el ámbito de sus

¹¹⁰⁹ Consideramos que la existencia de un poder general de representación no es un elemento esencial de la figura, aunque en la práctica resulte ser el supuesto más común. Sobre la posibilidad de admitir cierta restricción en los poderes que no afecte a la delimitación de la figura, pero destacando los riesgos de que el carácter de la misma se desdibuje, cfr. GALLEGO SÁNCHEZ, E., *El director general...*, cit., p. 57. A favor de la necesidad de que el poder sea general, cfr. RODRÍGUEZ ARTIGAS, F., «Notas sobre el régimen jurídico del director general de la S.A.», cit., p. 125, nota 55: «el carácter general del poder del DG constituye una de las características esenciales de esta figura y la diferencia fundamental entre ésta y los llamados Directores, dotados solamente de un poder más concreto para una determinada rama de la empresa», también en pp. 130-131 destaca «que desarrolla una actividad de carácter fundamentalmente negocial encaminada a colaborar en la consecución del objeto social», actividad que «no se reduce al ámbito interno de la sociedad, sino que revierte al exterior en la medida en que el DG, en virtud del poder que se le confiere, entra en relaciones contractuales con terceros por cuenta de la sociedad». En el mismo sentido, JUSTE MENCÍA, J., *Factor de comercio...*, cit., p. 121. Esta parece ser la orientación de la doctrina francesa, que se deduce de la inoponibilidad frente a terceros de las limitaciones establecidas por el Consejo al poder del Director General. Cfr. GUYON, Y., *op. cit.*, p. 358. En cambio, la doctrina italiana tiende mayoritariamente a considerar que la existencia de la figura se determina por las funciones atribuidas, y no la existencia de un poder de representación de la sociedad. En este sentido, cfr., por todos, ABBADESSA, P., *op. cit.*, pp. 462-463, con amplias referencias doctrinales y jurisprudenciales al respecto.

¹¹¹⁰ Cfr. ESTEBAN VELASCO, G., «Algunas reflexiones sobre la estructura orgánica de la sociedad de responsabilidad limitada en la nueva Ley», en RODRÍGUEZ ARTIGAS, F. (coord.), *Derecho de sociedades de responsabilidad limitada*, T. I, McGraw-Hill, Madrid, 1996, pp.568-569.

¹¹¹¹ No consideramos que se trate necesariamente en estos casos de *directores técnicos*, o que dicha consideración de *técnicos* excluya la aplicación de las conclusiones que aportemos para los Directores Generales. En contra, RODRÍGUEZ ARTIGAS, F., «Notas sobre el régimen jurídico del director general de la S.A.», cit., p. 125, nota 55.

competencias) y la influencia de sus decisiones en los eventos dañosos. Conviene comenzar por la siguiente premisa: en cuanto el Director General no es administrador, no era posible recurrir, al menos hasta la última reforma de la LSC, a las normas de responsabilidad societaria¹¹¹². Se exceptuaba de esta premisa el supuesto, como sucedía en el caso del apoderado general, en que el Director General realizara funciones de *verdadera administración orgánica*, pudiendo considerársele responsable por tratarse de un administrador fáctico¹¹¹³.

Por tanto, no siendo su responsabilidad societaria, se proponía el recurso al régimen de responsabilidad del factor de comercio o al régimen de responsabilidad del mandatario¹¹¹⁴. Sin embargo, en ausencia de poderes generales –opción que consideramos admisible– era necesario recurrir a la normativa general de responsabilidad civil, tanto contractual como extracontractual¹¹¹⁵.

Sin embargo, en la actualidad el artículo 236.4 LSC dispone: «Cuando no exista delegación permanente de facultades del consejo en uno o varios consejeros delegados, todas las disposiciones sobre deberes y responsabilidad de los administradores serán aplicables a la persona, cualquiera que sea su denominación, que tenga atribuidas facultades de más alta dirección de la sociedad, sin perjuicio de las acciones de la sociedad basadas en su relación jurídica con ella»¹¹¹⁶. Esta norma obliga (sólo en el supuesto de no existir delegados) a revisar todo lo expuesto, al establecerse específicamente, la extensión de la responsabilidad societaria a la figura que,

¹¹¹² Cfr., entre otros, JUSTE MENCÍA, J., «En torno a la aplicación del régimen de responsabilidad de los administradores al apoderado general de la sociedad», *cit.*, p. 448; GALLEGO SÁNCHEZ, E., *El director general...*, *cit.*, p. 635; MARTÍNEZ SANZ, F., «Los administradores responsables», *cit.*, p. 76.

¹¹¹³ *Vid.* LATORRE CHINER, N., *El administrador de hecho...*, *cit.*, pp. 170-174. En relación con esta cuestión, destaca GALLEGO SÁNCHEZ, E., *El director general...*, *cit.*, p. 648-649 que la aplicación del régimen del administrador de hecho al director general «no puede encontrarse en una indefendible presunción de fraude, por la que parece haberse inclinado, no obstante, el *informe Aldama* (...) [que] parece presumir que la sociedad que opte por designar (...) Director General en lugar de Administrador lo hace (...) con el objetivo de disfrazar al administrador para que actúe en la sombra y con opacidad con algún propósito inconfesable» (cfr. III, 2.3 de dicho informe).

¹¹¹⁴ RODRÍGUEZ ARTIGAS, F., «Notas sobre el régimen jurídico del director general de la S.A.», *cit.*, p. 137-138 (utilizando como criterio orientador para la aplicación de las mismas la normativa sobre responsabilidad orgánica); JUSTE MENCÍA, J., «En torno a la aplicación del régimen de responsabilidad de los administradores al apoderado general de la sociedad», *cit.*, p. 448.

¹¹¹⁵ Para un estudio pormenorizado de la responsabilidad del gerente, tanto contractual como extracontractual, cfr. JUSTE MENCÍA, J., *Factor de comercio, gerente de empresa, director general (Estudio jurídico mercantil)*, *cit.*, pp. 200-214.

¹¹¹⁶ En Italia se limita la aplicación del régimen de responsabilidad a los directores generales cuyo nombramiento esté dispuesto estatutariamente o hayan sido nombrados por la junta (art. 2396 c.c.).

entendemos, se asimila a la del Director General, con los matices que se expondrán a continuación.

La norma merece un estudio mucho más pormenorizado que el que podemos realizar aquí, y su relevancia (y, probablemente, complejidad de aplicación), que está fuera de toda duda, se apreciará con el tiempo. Ahora bien, ya hay ciertas ideas que se pueden destacar. En primer lugar, la norma parece tener la finalidad de extender la responsabilidad a quien, *sin ser consejero delegado, ejerce las funciones del mismo*. Por tanto, nos encontramos ante lo que se puede denominar *la extensión subjetiva de responsabilidad societaria al consejero delegado «de hecho»*. Siendo esto así, se debería tener que aplicar, restringido al concreto ámbito de las funciones ejecutivas propias del delegado, lo expuesto para el administrador de hecho. En consecuencia, no debería considerarse suficiente, a pesar del tenor literal de la norma, con que no exista consejero delegado para que se le impongan al *alto directivo* que refiere los deberes y responsabilidad propias de los administradores¹¹¹⁷. Debería exigirse que *de manera constante y reiterada actúe, en el ámbito de las funciones ejecutivas, de manera asimilable al Consejero Delegado*. La norma no exige que también despliegue esta posición de Consejero en el pleno, porque, en este supuesto, nos encontraríamos, propiamente, ante un administrador de hecho.

En segundo lugar, la norma parece haberse inspirado en la figura del Director General único, en tanto habla, en singular, de «persona, cualquiera que sea su denominación, que tenga atribuidas facultades de más alta dirección de la sociedad». Consideramos, que, una vez que se ha admitido esta extensión del ámbito subjetivo de la responsabilidad societaria, que debe permitirse la imposición de responsabilidad *ex* artículo 236.4 también en el supuesto de existencia de más de un *consejero delegado «de hecho»*, dentro del ámbito de funciones atribuidas, de acuerdo con lo que hemos defendido para la figura del Director General.

¹¹¹⁷ Donde la norma dice «administradores» debe leerse «consejeros delegados», es decir, sólo se le aplica responsabilidad por el ámbito ejecutivo en que actúa y no por lo actuado en por el pleno.

B. Ámbito subjetivo de la responsabilidad concursal

1. Introducción

En la actualidad, los artículos 164, 172.2.1º y 172 bis LC recogen la figura del apoderado general junto con los administradores y liquidadores de hecho y de derecho¹¹¹⁸. Otros preceptos que hacen referencia al administrador de hecho y al apoderado general son el artículo 48 *ter* LC regulador de la medida cautelar de embargo de bienes; el artículo 93.2.2º LC, que incluye al administrador de hecho y al apoderado general entre las personas especialmente relacionadas con el concursado persona jurídica a efectos de subordinación de créditos y el artículo 166 LC, referente a los cómplices (en estos dos últimos casos la norma del 2003 ya hacía referencia tanto al administrador de hecho como al apoderado general). El artículo 42.2 LC, que se mantiene en su redacción de 2003, concerniente a la colaboración e información del deudor hace referencia a a los apoderados sin determinar la extensión del poder.

2. Fundamento de la extensión de la responsabilidad concursal a la figura del administrador de hecho

El régimen de responsabilidad concursal del administrador de hecho se introduce por primera vez en el artículo 172.3 de la Ley Concursal 22/2003, permitiendo al juez, en el caso de calificación del concurso como culpable, hacerles responsables, como a los administradores de derecho, total o parcialmente, del importe que de sus créditos no percibieran los acreedores en la liquidación de la masa activa¹¹¹⁹, debiendo la sentencia de calificación *motivar la atribución de esa condición* (art. 172.2.1º LC últ. inciso)¹¹²⁰.

¹¹¹⁸ Resulta curioso que se hay modificado el art. 164.1 introduciendo a los apoderados generales y no haya sucedido lo mismo con el art. 165. Podría entenderse que se hace referencia a los apoderados cuando se habla de los «representantes legales», pero también podría entenderse que dicha referencia guarda relación con la mención de los representantes que se hace, de manera diferenciada a los apoderados generales, en el art. 164.1 LC.

¹¹¹⁹ *Vid.*, por todos, LATORRE CHINER, N., *El administrador de hecho...*, cit., pp. 47-49. Como sabemos, tras la modificación de la norma, la condena consiste en *la cobertura, total o parcial, del déficit*.

¹¹²⁰ Esta norma ha sido criticada por quien considerando tal responsabilidad como sancionadora, permite la imposición de una sanción a una clase de sujetos sin determinar cómo se atribuye la condición de administrador de hecho. Así, ALCOVER GARAU, G., «Introducción al Régimen Jurídico de la Calificación Concursal», en GARCÍA VILLAVARDE, R./ALONSO UREBA, A./PULGAR EZQUERRA, J. (dirs.), *Derecho Concursal. Estudio Sistemático de la Ley 22/2003 y de la Ley 8/2003 para la Reforma Concursal*, Dilex, Madrid, 2003, p. 496. Resulta de aplicación y así parece admitido de manera unánime por la doctrina, el recurso a la construcción que, tanto doctrinal como jurisprudencialmente, se ha realizado de la figura en

La referencia concursal al administrador de hecho se produce en sintonía con la extensión a dicha figura del régimen de responsabilidad societaria, cuestión a la que ya se ha hecho referencia. Por tanto, ha de considerarse que esta extensión del ámbito subjetivo de la responsabilidad concursal encuentra su fundamento en idénticas razones que la societaria. El administrador de hecho responde en el contexto societario en tanto ejerce poder de decisión en la gestión empresarial. En el ámbito concursal, el elemento de partida del poder de decisión ha de ser el mismo, simplemente con la peculiaridad de que dicha gestión *causa o agrava la insolvencia de la sociedad*¹¹²¹.

Cuestión complicada es la de la articulación de las presunciones de concurso culpable y la responsabilidad concursal en el supuesto de administrador de hecho. Es necesario tener en cuenta que todas las presunciones de concurso culpable *iuris et de iure* (art. 164.2 LC) como como algunas de las presunciones *iuris tantum* (art. 165 LC) recogen comportamientos que, en el caso del deudor persona jurídica, habrán de ser, en principio, realizados/no realizados (según se trate de conductas activas u omisivas) por gestores *de derecho*. La pregunta será cómo ha de afectar la condición de administrador de hecho, así como su falta de capacidad jurídica para la realización de los actos de gestión que se recogen en las presunciones de concurso culpable. En este sentido, consideramos de aplicación lo defendido en este trabajo al tratar, por una parte, de la imputación objetiva en la responsabilidad concursal al administrador de derecho¹¹²², así como lo expuesto en este Capítulo en relación con la responsabilidad societaria del administrador de hecho.

Entendemos que la imputación de responsabilidad concursal al administrador de hecho por parte del juez del concurso ha de depender, necesariamente, de la influencia que el mismo haya tenido en la gestión societaria, y, en el específico supuesto de la crisis, en la causación o agravación de la insolvencia. Su capacidad o no para la realización de las distintas conductas recogidas en los artículos 164.2 y 165 LC sólo será relevante en

el campo societario. Cfr., por ejemplo, ALONSO UREBA, A., «La responsabilidad concursal del artículo 172 bis LC», *cit.*, pp. 577-578.

¹¹²¹ GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ, J.A., «Comentario al artículo 172», *cit.*, p. 2582. Cuestión distinta, como bien señala el autor citado, es la de la prueba de la condición de administrador de hecho. En este sentido, (pp. 2583-2584) entiende que la sentencia de calificación deberá probar dos extremos: (1) que el supuesto administrador de hecho ha tomado decisiones por el concursado sin nombramiento bastante y (2) que dichas decisiones han generado o agravado la insolvencia. Destaca que los mayores problemas probatorios no se plantearán en el supuesto del administrador de hecho «notorio», sino, sobre todo, en el caso del administrador de hecho «oculto».

¹¹²² *Vid.*, *supra*, Parte Segunda, Capítulo III.

tanto condicione la imputación objetiva del resultado dañoso al administrador de hecho. Es decir, lo determinante es si el comportamiento desempeñado por aquél que se considere administrador de hecho –recurriendo para la calificación de un sujeto como administrador fáctico al mismo elemento del poder de influencia y decisión del que hablábamos en el ámbito societario– ha sido suficiente para la realización de la conducta antijurídica (causación/agravación del la insolvencia/riesgo de insolvencia), concurriendo el necesario elemento de la culpabilidad (que puede valorarse tanto a través de presunciones como en ausencia de los hechos contenidos en las mismas, mediante el recurso a la cláusula general) produciendo la consecuencia, objetivamente imputable a aquél comportamiento, del daño¹¹²³.

Admitiendo lo controvertido de esta cuestión, insistimos en la opinión de que la supuesta falta de capacidad para la realización de los hechos de concurso culpable (comportamientos que serán activos o pasivos, dependiendo del supuesto de que se trate) no es, por sí mismo, argumento suficiente. El administrador de hecho lo es precisamente porque tiene poder de decisión en la gestión, y, por tanto, *influencia*. En este sentido, su culpabilidad no se tendrá que basar necesariamente en realización, *en primera persona*, de los hechos de concurso culpable. Será suficiente con que dicho comportamiento haya sido ejecutado –o dejado de ejecutar, dependiendo del caso– por aquellos que actúan bajo sus instrucciones, incumpliendo éstos los deberes legalmente

¹¹²³ Subrayamos ahora que, como expusimos anteriormente, no estamos de acuerdo con la tesis que considera que la actuación directa frente a terceros es relevante para la atribución de la condición de administrador de hecho, ni entendemos, en consecuencia, que la manifestación exterior de la actividad de gestión sea determinante para la imputación al administrador de hecho de las consecuencias dañosas (generación/aumento del riesgo/déficit). Así, cfr. GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ, J.A., «Comentario al artículo 172», *cit.*, pp. 2582-2583: «El elemento común –y jurídicamente relevante– (...) radica en una doble consideración, pues ha de tratarse de un sujeto que ejerce las funciones propias de la figura de administrador sin que, por otra parte, el desempeño como tal obedezca a un nombramiento vigente y válido para dicho cometido. De este modo estaremos ante un administrador de hecho cuando, con independencia de que su actuación administrativa se manifieste o no en el tráfico a terceros, se produzca un desplazamiento de la capacidad de decisión de quienes aparecen formalmente como administradores».

En contra, aunque entienda que las consecuencias jurídicas son las mismas, ALONSO UREBA, A., «La responsabilidad concursal del artículo 172 bis LC», *cit.*, p. 582: «la actuación directa frente a terceros constituye un elemento definidor del administrador de hecho en la medida que se trata de un supuesto de desarrollo de manera efectiva frente a terceros (relaciones externas) de la actividad de administración-dirección-gestión, y de ahí la imputabilidad de la conducta y la asunción de sus consecuencias dañosas para la sociedad, siendo esencial por tanto, la protección de la apariencia generada en el tráfico, aspecto este último que no se da en el supuesto del llamado administrador oculto que nos sitúa ante una *ratio* distinta a la protección de la apariencia creada en el tráfico, teniendo un encuadre, desde el punto de vista jurídico conceptual, próximo al fraude de ley (art. 6.4 CC), pues la situación que subyace es la de perseguir un resultado contrario al ordenamiento jurídico en la medida que la ocultación pretende precisamente el impedir la aplicación de las normas societarias sobre responsabilidad». También a favor de la necesidad de actuación directa, YANES YANES, P., *op. cit.*, p. 551.

exigibles por indicación del administrador de hecho (o por falta de insistencia del mismo para que los realizaran, según el supuesto). En definitiva, el administrador de hecho lo es, precisamente, porque de manera directa o indirecta, *administra*. Y responde en el ámbito concursal porque, teniendo la capacidad de influir en la gestión para que ésta cumpliera con los estándares de diligencia exigidos, o para que no incumpliera los estándares de riesgo y correcta gestión en la crisis, no lo hace¹¹²⁴.

3. La extensión del ámbito subjetivo al apoderado general¹¹²⁵

Por último, se hará una brevísima mención a la figura del apoderado general en el contexto concursal. Antes de la reforma operada por la Ley 38/2011, la legislación concursal no recogía a los apoderados generales entre las personas afectadas por la calificación. Sí se encontraban, en cambio, entre los sujetos con que podían colaborar los considerados cómplices¹¹²⁶. En la actualidad, en cambio, el artículo 1722.1º LC incluye al apoderado general entre las personas que pueden resultar afectadas por la calificación del concurso como culpable, y el artículo 172 bis 1 LC incluye también al apoderado general entre los sujetos a los que el juez podrá condenar a la cobertura, total o parcial, del déficit.

En relación con el *fundamento* de la extensión en sí mismo, entendemos que se trata, ni más ni menos, de un intento por parte del legislador de responsabilizar del daño a todos aquellos que hayan podido influir en la existencia del mismo, bien sea desde el punto de vista de la gerencia orgánica, bien desde la primera línea de la gestión empresarial¹¹²⁷.

¹¹²⁴ En este sentido, cfr. GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ, J.A., «Comentario al artículo 172», *cit.*, pp. 2584-2585.

¹¹²⁵ Sobre esta cuestión, por todos, JUSTE MENCÍA, J., «El ámbito subjetivo de la calificación. Los apoderados generales», en ROJO, A./CAMPUZANO, A.B., *La calificación del concurso y la responsabilidad por insolvencia: V Congreso español de Derecho de la insolvencia, Palma de Mallorca, 11 a 13 de abril de 2013, IX Congreso del Instituto Iberoamericano de Derecho concursal*, Navarra, Civitas, 2013, pp. 408-415; LATORRE CHINER, N., «El apoderado general en la Ley Concursal», *RDCP*, 19/2013, pp. 76-80.

¹¹²⁶ Esta *discordancia regulatoria* ya fue criticada por la doctrina en 2003 por incongruente, ya que la colaboración con el apoderado general de un tercero puede calificar a éste último como cómplice, en cambio no era cómplice el propio apoderado. ALCOVER GARAU, G., «Introducción al Régimen Jurídico de la Calificación Concursal», *cit.*, p. 497.

¹¹²⁷ Para MARÍN DE LA BÁRCENA GARCIMARTÍN, F., «Responsabilidad concursal», *cit.*, p. 155, «[l]a finalidad de la norma es extender el “riesgo de la administración” a quienes, sin formar parte del órgano de administración, dirigen la empresa con plena autonomía y responsabilidad, en evitación de una importante laguna que podría dificultar la eficacia preventiva de este tipo de normas». Para JUSTE MENCÍA, J., «El ámbito subjetivo de la calificación. Los apoderados generales», en ROJO, A./CAMPUZANO, A.B., *La calificación del concurso y la responsabilidad por insolvencia: V Congreso español de Derecho de la insolvencia, Palma de Mallorca, 11 a 13 de abril de 2013, IX Congreso del*

Cabe, también, la posibilidad de que el fundamento resida en la intención de evitar el fraude que se produce cuando tras la figura del apoderado general se esconde, en realidad, un auténtico administrador de hecho, motivación ésta que no consideramos admisible¹¹²⁸.

Esta extensión del ámbito subjetivo de la norma, que aparentemente no sugiere ningún conflicto al jurista –más allá de la opinión que nos ofrezca su oportunidad-, no deja de plantearnos, sin embargo, cierto desconcierto. Resulta incuestionable que la literalidad de la Ley no deja lugar a dudas, y la Ley se refiere, sin más calificativos, al *apoderado general*. Pero no podemos estar de acuerdo con esta opción legislativa, en tanto entendemos que no cualquier apoderado general debería ser susceptible de ser considerado responsable, sino sólo aquél que hubiera tenido una influencia decisiva en la causación o agravamiento de la insolvencia¹¹²⁹. En definitiva, entendemos que la Ley debería haber puesto el acento en el nivel de influencia del apoderado en la gestión, no la existencia de un poder general de representación¹¹³⁰.

Por último, consideramos de aplicación en este momento las reflexiones expuestas en torno al Director General. Lo relevante es la autonomía gestora que, en el ámbito concursal, influye en la generación o agravación de la insolvencia, y no la existencia de un poder general de representación. En cambio, conforme está configurada, la norma deja fuera a todos los Directores Generales no apoderados generales, interpretación que

Instituto Iberoamericano de Derecho concursal, Navarra, Civitas, 2013, p. 410, la reforma es manifestación de un reconocimiento por parte del administrador de una identidad de funciones, en la práctica, entre directivos y administradores. ALONSO UREBA, A., «La responsabilidad concursal del artículo 172 bis LC», *cit.*, p. 572, que parece a favor de esta ampliación del ámbito subjetivo, considera que la misma parece estar inspirada en los modelos francés y portugués «que extienden el régimen de responsabilidad concursal a directivos de derecho o de hecho carentes de la posición orgánica propia de los administradores o liquidadores». También favorable, YANES YANES, P., «La calificación del concurso», *cit.*, p. 551.

¹¹²⁸ Es arriesgado identificar de manera automática al apoderado general con el administrador de hecho, y de ser esta la motivación legislativa de la ampliación del ámbito subjetivo, habremos de manifestarnos rotundamente en contra.

¹¹²⁹ Ciertamente es que a esta misma conclusión llegaríamos, de cualquier manera, en tanto consideramos que es necesario un juicio de imputación de la responsabilidad concursal independiente del apoderado general. *Vid.*, *supra*, Parte Segunda, Capítulo III, D, 2.4.

¹¹³⁰ Ya han mostrado preocupación por esta cuestión MARÍN DE LA BÁRCENA GARCIMARTÍN, F., «Responsabilidad concursal», *cit.*, p. 153 («El término utilizado (apoderado general) plantea problemas de interpretación porque no se aclara si se trata de un poder de dirección o un poder de representación general (o ambas cosas al mismo tiempo). Lo único evidente es que una persona con un poder general de representación pero sin competencias en materia de gestión de la empresa no responde (correlación entre poder de decisión y responsabilidad)»); GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ, J.A., «La responsabilidad concursal», *cit.*, pp. 296-297; JUSTE MENCÍA, J., «El ámbito subjetivo de la calificación. Los apoderados generales», *cit.*, pp. 410-411.

debe desterrarse¹¹³¹. Probablemente esta circunstancia sea consecuencia de la ausencia de una regulación normativa de la figura del Director General.

¹¹³¹ JUSTE MENCÍA, J., *op. ult. cit.*, quien, además, puntualiza: «tampoco resultaría imprescindible acreditar que el sujeto es un trabajador de alta dirección: en la mayor parte de los casos, y de acuerdo con la doctrina y jurisprudencia laborales, este empleado se encuadraría en los sujetos que pueden ser llamados a responder. Pero puede suceder también que la relación interna (...) no se formalice en un contrato de este tipo, o que ni siquiera sea laboral»

CONCLUSIONES

I

El estudio y desarrollo del estatuto de deberes que pesan sobre los administradores sociales cuando la sociedad gestionada se encuentra en situación de crisis empresarial se enfrenta con la propia indeterminación del concepto de crisis empresarial. Esta falta de concreción ha sido tradicionalmente uno de los mayores escollos con los que se ha encontrado doctrina y práctica en el estudio de los deberes de los administradores en este contexto financiero-temporal.

Los conceptos jurídicos a los que se ha recurrido habitualmente (pérdidas cualificadas, insolvencia inminente), presentes en la legislación societaria y concursal, aunque útiles, han demostrado una limitación común: la situación de crisis que definen, aunque no sea necesariamente irreversible, ya es relativamente severa, por lo que se les ha criticado su limitación a la hora, precisamente, de influir en el comportamiento gestor en el periodo previo tanto a la crisis disolutoria como a la crisis concursal.

En definitiva, aunque se considera que la noción de crisis debe incluir el estado de pérdidas cualificadas y de insolvencia inminente, consideramos que para que, de verdad, se pueda elaborar o desarrollar –en la medida en que ya esté regulado– el estatuto de deberes de los administradores en la crisis empresarial, y que este estatuto pueda ofrecer soluciones a los problemas existentes –permitiendo, en el futuro, la elaboración por doctrina y jurisprudencia de grupos de casos en los que específicamente este estatuto resulte de aplicación– es necesario avanzar en la elaboración de un concepto jurídico de «estado de crisis».

Asumiendo que el concepto habrá de tener cierto grado de indeterminación –como tantos conceptos jurídicos– consideramos que es necesario que recoja la idea de «necesidad de actuación» (lo que conduce a denominar a los deberes de los administradores en la crisis como «deberes de actuación», o, desde otro punto de vista, fundamenta la «censura de la inactividad»). Por tanto, la noción de crisis debe incluir necesariamente cualquier situación financiera que, de no adoptarse medidas drásticas,

conduzca necesariamente a la sociedad a una situación de insolvencia, teniendo en cuenta el contexto económico.

Como se puede apreciar, la idea que subyace no es tanto la de cercanía a la crisis como la de la existencia de una progresión negativa de la situación financiera societaria. Por ello, es importante no utilizar de manera indistinta las expresiones «proximidad a la insolvencia» y «riesgo de insolvencia», en tanto la primera parece aludir a una proximidad temporal, mientras la segunda, desde nuestro punto de vista, recoge la idea de probabilidad de que se produzca la insolvencia. Consideramos que la elaboración del estatuto de deberes de los administradores en la crisis debe vincularse a la necesidad de pronóstico de la misma, y no a la proximidad.

En conclusión, definimos el estado de crisis *en sentido amplio* como el que comienza con las primeras dificultades financieras y abarca la situación de insolvencia actual, y denominamos estado de crisis *en sentido estricto* a aquel que se inicia con las primeras dificultades financieras de la sociedad y que abarca todo el estadio previo a la insolvencia actual, pero donde la crisis es, aún, objetivamente reversible. El elemento definitorio del estado de crisis reside en *la necesidad de un cambio en la tendencia negativa de la situación financiera de la sociedad* que, al margen de variaciones en el contexto económico ajenos al control de la sociedad, no mejorará sin intervención de sus gestores. Se incluye la insolvencia inminente *siempre y cuando* cumpla con el requisito de ser objetivamente reversible, y no cuando con la calificación como inminente de la insolvencia se esté haciendo referencia a una situación en que la insolvencia actual es inevitable, aunque aún no se va a producir.

II

En cualquier caso, desde la óptica de los deberes de los administradores de sociedades en situaciones de crisis empresarial, a nuestro entender, el mayor problema no es que la indefinición de la crisis impida a los administradores su conocimiento y, por tanto, el establecimiento de unas pautas de conducta determinadas, sino las dificultades con que el tercero perjudicado se encuentra a la hora de demostrar no sólo la concurrencia del estado de crisis en el momento en que se le produjo el daño, sino el conocimiento (o desconocimiento negligente) de la crisis por parte de los administradores.

No cabe duda, de que la Ley, de manera más o menos expresa, exige que los que dirigen el devenir societario conozcan que la sociedad se encuentra en un estado de dificultad. Por tanto, si puede inducirse de la Ley la exigencia de que los administradores conozcan el estado de crisis, debe concretarse cuándo el desconocimiento ha de considerarse culposo. En primer lugar, el desconocimiento será siempre culposo cuando el diligente cumplimiento de deberes concretos que pesan sobre los administradores habría conducido al conocimiento del estado de crisis. En segundo lugar, debe presumirse el conocimiento siempre y cuando los administradores realicen actuaciones que por su naturaleza exijan necesariamente la concurrencia del estado de crisis o puedan considerarse específicamente destinadas a paliar esta situación. Un ejemplo de estas actuaciones gestoras son las negociaciones para alcanzar acuerdos de reestructuración de deuda. Por tanto, desde un punto de vista judicial, la existencia de decisiones de gestión tendentes a la superación de la crisis podrá considerarse por el juez como prueba indiciaria del conocimiento de la misma.

III

Determinada la concurrencia del estado de crisis empresarial así como la prueba del conocimiento de ese estado por los administradores, es necesario analizar en qué medida la situación influye o modifica los estándares que han de guiar la gestión societaria. Es decir, es necesario determinar, si la concurrencia de la situación de crisis modifica (y en qué medida) el contenido de los deberes que pesan sobre los administradores y si, además, el estado de crisis produce el nacimiento de deberes de los administradores, en especial, en tutela de acreedores. La polémica, en definitiva, se concreta en una idea: si los administradores tienen que tener en consideración los intereses de los acreedores (complementando o desplazando los intereses de los socios) y si ese «tener en consideración» tiene naturaleza de recomendación o si es un deber exigible a los administradores.

Tras haber estudiado las distintas posturas existentes en torno a las modificaciones que la crisis produce en el estatuto de deberes de los administradores, concretamente, en el interés social como guía de la actividad gestora (interés social en la crisis empresarial), podemos manifestar que, en nuestra opinión, nos encontramos ante un *único interés social observado con dos prismas distintos*. El prisma de la bonanza empresarial permite ver el interés de los socios en el primer plano. Sin embargo, la crisis obliga a observar como prioritarios los intereses de los acreedores. Los intereses de los socios siguen siendo relevantes, aunque en este momento se encuentren en un segundo plano. En definitiva, no es un problema de primacía, sino de corto o largo plazo. La defensa del interés social como interés de los socios exige, en momentos de crisis (es decir, en el corto plazo), la defensa de intereses distintos a aquél, que se manifiestan en la defensa del interés de los acreedores.

En consecuencia, en este contexto, la discrecionalidad gestora estaría limitada por la posibilidad de afectación relevante a la capacidad de la sociedad de hacer frente a sus obligaciones. Por tanto, ante una situación de crisis, los administradores deben velar porque no se afecte el patrimonio de responsabilidad de que disponen los acreedores. Cuestión distinta es el *enforcement* de ese deber, es decir, cuáles son los mecanismos que ofrece la Ley para hacerlo efectivo y exigible. Este trabajo propone recurrir a las herramientas de protección que ya ofrece nuestro ordenamiento, reinterpretándolas desde la óptica de tutela de acreedores aquí planteada.

IV

La concurrencia del estado de crisis exige el reconocimiento de la existencia de un estándar cualificado de diligencia gestora: «situaciones de especial riesgo exigen una especial diligencia». Es decir, se ha de tener en cuenta el contexto de crisis en tanto influye en la valoración de la diligencia exigible. Esta influencia sólo puede ser entendida como *exigencia de una mayor diligencia o de un mayor rigor o exigencia de un cuidado cualificado por parte de los administradores ante situaciones de crisis empresarial*. En consecuencia, esta coyuntura ha de tenerse en consideración también en el juicio posterior que valore la diligencia gestora empleada en el desempeño de las funciones propias del cargo en situaciones de dificultad financiera.

Lo anterior no quiere decir que exista una diligencia específica o propia de la crisis empresarial, sino que el deber de diligencia, tal y como está configurado en la Ley, incluye la diligencia cualificada ante situaciones especialmente comprometidas, por ejemplo, aquellas que puedan afectar a la propia existencia de la sociedad. En definitiva, la diligencia cualificada en contextos de crisis no es más que la verbalización o concreción de un supuesto ya contenido en el deber.

V

El deber de informarse es una expresión del deber de diligencia que busca establecer un estándar de conocimiento exigible a todos los miembros del órgano de administración, individualmente considerados, sobre la marcha de la sociedad; información que se requiere para el correcto desempeño del cargo y, específicamente, para la diligente toma de decisiones de gestión. En consecuencia, exige el establecimiento de mecanismos o sistemas de seguimiento y control del devenir societario. Estos mecanismos de control han de resultar adecuados para la identificación de las tendencias o progresiones negativas a las que ya se ha hecho referencia, sirviendo de medios de alarma o alerta de la crisis. La falta de idoneidad de los sistemas de control e información para identificar la concurrencia de la crisis ha de considerarse un incumplimiento del deber de informarse diligentemente. Por tanto, siempre que el desconocimiento por parte de los administradores del estado de crisis se deba al incumplimiento del deber de mantenerse informado en los términos expuestos, el desconocimiento habrá de considerarse culposos.

En consecuencia, si los administradores, en un contexto de crisis empresarial, toman decisiones de gestión perjudiciales para la sociedad, socios o terceros, por desconocimiento culposos del estado de dificultad que atravesaba la sociedad, el desconocimiento de la crisis no podrá alegarse con fines exoneratorios.

VI

Desde la óptica de la construcción del estatuto de los deberes de los administradores de sociedades en situación de crisis empresarial, el deber de ordenada llevanza de la contabilidad y el deber de conocimiento del estado contable son concreciones del deber

de diligencia y del deber de informarse diligentemente.

El cumplimiento del deber de llevanza de la contabilidad que se impone a los administradores permite inferir la existencia de un deber de seguimiento del estado contable. Es más, la normativa de redacción de documentos contables por parte de los administradores sociales es un indicador de Derecho positivo de la existencia de un deber general de monitorizar la situación financiera y patrimonial de la sociedad, que se concreta en la existencia de un deber de previsión de la crisis, de cuyo incumplimiento se puede derivar responsabilidad de los administradores.

Aunque la existencia de este deber de monitorizar la situación financiera y patrimonial de la sociedad se aprecie de manera más nítida en relación con los deberes contables, se puede inferir de una multiplicidad de normas presentes en nuestro ordenamiento, como, por ejemplo, de los deberes disolutorios vinculados a la existencia de pérdidas o incluso del propio deber de solicitud del concurso; deberes que son manifestaciones de que subyace a nuestra legislación la exigencia de que el administrador se encuentre regular y convenientemente informado del estado financiero-contable de la sociedad

VII

Debe tenerse siempre en mente, además, la indelegabilidad de la formulación de cuentas anuales, no sólo por cuanto impide la delegación de esta función, sino como criterio interpretativo del nivel de vigilancia o control exigible a los administradores en relación con la información financiera y contable. Además, siendo la formulación de cuentas un deber propio de órgano de administración, cualquier recurso por parte de los administradores a asistencia técnica para el cumplimiento del deber será insuficiente, *per se*, como mecanismo exoneratorio de la responsabilidad por daños derivada del actuar del Consejo, tanto por el desconocimiento de la situación de crisis como por la confianza de terceros en la información contable proporcionada por las cuentas. Sólo cuando los administradores hayan cumplido con la diligencia debida en la selección y control de aquéllos en cuya asistencia se benefician, se aplicará la regla general de que por los actos de los auxiliares responde el empresario.

VIII

La naturaleza ejecutiva o no ejecutiva del consejero deberá resultar irrelevante a efectos del conocimiento del estado de crisis. El propio deber de diligencia exige el establecimiento de estructuras que garanticen un flujo de información suficiente, por lo que, en principio, la falta de conocimiento del estado contable por los consejeros no ejecutivos ha de considerarse consecuencia del establecimiento de sistemas de monitorización no adecuados.

La valoración de la adecuación del sistema de monitorización dependerá de la propia actividad de la empresa, de la naturaleza de las funciones delegadas, así como de las circunstancias en que se encuentre la sociedad en ese periodo determinado. En cualquier caso, los sistemas de monitorización deberán contar con mecanismos de alarma que alerten de las situaciones de riesgo.

En conclusión, para que se considere que el órgano de administración ha cumplido de manera diligente con la exigencia de establecimiento de un sistema informativo, este sistema debe permitir el conocimiento tempestivo del estado de crisis y la correcta monitorización y control de los delegados, cuando los hubiere.

IX

En cuanto a la responsabilidad del Consejo como delegante (y, a pesar de las recientes reformas de la LSC) debe entenderse que el Consejo no sólo responde por la correcta elección de los miembros de los órganos delegados, antes o durante la crisis empresarial, sino que también debe responder por las consecuencias derivadas de la gestión de los delegados, específicamente en el ámbito de la crisis empresarial, siempre y cuando no se haya establecido un sistema de monitorización y control de los delegados idóneo.

En definitiva, la imputación de responsabilidad derivada de las acciones u omisiones de los delegados en el contexto de la crisis se realizará de manera unificada al órgano, excluyéndose de manera inicial el juicio *individual* de imputación subjetiva. Será con posterioridad, desde una óptica interna, donde se valorará la ausencia de culpa de los miembros individualmente considerados. Es decir, las consecuencias dañosas de las actuaciones antijurídicas realizadas de manera culpable por los delegados serán

imputadas en un primer lugar al órgano. La modulación de la diligencia teniendo en cuenta la naturaleza del cargo y las funciones encomendadas, así como la aplicación de los mecanismos de exclusión de culpa presentes en el artículo 237 LSC se valorarán en un segundo momento.

X

La reciente disposición en la LSC de la *business judgment rule* exige valorar su aplicación en contexto de la crisis empresarial. En primer lugar, la regla no será de aplicación en tanto se entienda que, a la vista del riesgo asumido, la decisión debe considerarse irracional. La aplicación del criterio de la racionalidad exige la exclusión del ámbito de actuación de la regla de aquellas decisiones que, por su naturaleza, conlleven la asunción de un riesgo inusual o innecesario.

En segundo lugar, entendemos que cuando la sociedad se encuentra en situación de crisis empresarial se aplican a la regla las conclusiones alcanzadas en relación con el interés social en la crisis. En consecuencia, las decisiones adoptadas por los administradores en el contexto de la crisis empresarial sólo deben gozar de la protección que la norma ofrece en tanto respeten la composición de intereses que la crisis empresarial impone.

XI

Cuando dos personas entablan contactos dirigidos a la conclusión de un contrato cada una tiene derecho a esperar de la otra un comportamiento honesto. De igual manera, el tercero que entra en contacto con el representante orgánico de una sociedad tiene derecho a esperar de éste un comportamiento igual de honesto que el que la Ley le impondría si actuara en nombre propio. En consecuencia, debe partirse de la premisa de que se imponen al administrador todos los deberes precontractuales que pesan sobre la sociedad.

Por tanto, pesa sobre el administrador el mismo deber precontractual de información, que, pesa sobre la sociedad cuando negocia con terceros; deber, que fundamentado en la buena fe, exige que las contrapartes que inician negociaciones tendentes al establecimiento de una relación contractual faciliten a la otra parte en el ámbito de esas negociaciones información veraz, o, al menos, adecuada al conocimiento que la parte que la suministra tiene al respecto de la información que se facilita, lo que se concreta en un deber de responder de manera veraz o adecuada a la información. Más compleja es la hipótesis ante la ausencia de pregunta, aunque nos inclinamos a pensar que también en este ámbito rige el principio que exige que en la negociación de un contrato deba informarse, al menos, de las circunstancias que determinarán el incumplimiento de la prestación por parte de quien calla.

Claro está, las afirmaciones realizadas encuentran un encaje complejo en el ámbito de la relación administrador-sociedad, por ejemplo, en aquellos casos en los que la sociedad ya se encuentre en una situación de crisis empresarial y el hecho de que el administrador informe a la contraparte de tal situación pueda afectar a las posibilidades de recuperación de la sociedad. Aún así, nos inclinamos a pensar que el tercero tiene un derecho legítimo a conocer la información que de manera relevante, afectaría a su voluntad contractual.

XII

Debe inferirse interpretativamente la existencia de un deber precontractual de información que pesa directamente sobre el administrador *en protección de acreedores*, que integra el estatuto de deberes de los administradores en la crisis. Se trata de un deber de cuidado que se deriva, en primer lugar, del deber de diligencia en la crisis así como de los distintos deberes que pesan sobre el administrador en relación con la gestión de la sociedad en dificultad.

Este deber precontractual de información –que es una concreción de un deber objetivo de cuidado frente a terceros- se concreta en un no dañar en el ámbito de la contratación con sociedad en crisis mediante la ocultación, activa u omisiva, de la situación de dificultad. El daño que genere el incumplimiento culposo o doloso del deber, siempre y cuando la actuación sea idónea para influir en el comportamiento contractual del tercero, se encontrará incluido en la esfera de los daños exigibles mediante acción

individual. La indemnización estará limitada al interés contractual negativo o, sólo de ser determinable, al equivalente a la situación en que se encontraría el tercero de haber dispuesto de toda la información.

Por último, la gravedad de la situación de crisis afecta al fundamento del deber de cuidado. En los casos en los que la gravedad de la crisis se identifique con una situación de insolvencia actual o de pérdidas cualificadas, situaciones en que la Ley impone el cumplimiento de deberes que conllevan una manifestación externa de la crisis de la sociedad, la comunicación de esta situación que se exige frente a aquellos que vayan a contratar con la sociedad encontraría ya fundamento en los deberes que la crisis disolutoria o concursal imponen. Esta misma conclusión es aplicable a aquellos supuestos en que, encontrándose la sociedad en estado de insolvencia inminente, se haya conformado la voluntad societaria en el sentido de solicitar el concurso.

Será solo en aquellos casos en que la sociedad se encuentre en un estado asimilado a lo que hemos definido como estado de crisis en sentido estricto, sin que se haya decidido el inicio del procedimiento concursal, cuando es realmente útil y necesario fundamentar el deber precontractual de información en un deber objetivo y autónomo de cuidado en protección de terceros.

XIII

Se aboga por la necesidad de profundizar en el estudio del recurso a la tutela aquiliana del crédito como mecanismo de exigencia de responsabilidad a los administradores societarios por los daños sufridos por los acreedores derivados del incumplimiento contractual selectivo por parte de la sociedad en estado de crisis.

En este escenario, el acreedor dispondría de dos acciones, la contractual, frente a la sociedad y otra extracontractual, frente al tercero que interfiere, *por la autoría directa del daño*, que, en el supuesto planteado, es un administrador societario actuando en el ámbito de las funciones y competencias propias de su cargo, que decide el incumplimiento selectivo de uno o varios contratos determinados. La lesión producida por la interferencia tendrá que ser imputable a título de dolo.

XIV

La revisión de los deberes y responsabilidad de los administradores en la crisis disolutoria bajo el prisma del interés social en la crisis empresarial nos conduce a determinadas conclusiones que es necesario destacar.

En primer lugar, resulta evidente que la concurrencia de la situación de pérdidas cualificadas no desplaza el restante estatuto de deberes de los administradores, sino todo lo contrario, intensifica el deber de diligencia, en línea con lo ya expuesto. Ahora bien, no sólo eso, sino que el mero cumplimiento de los deberes que la crisis disolutoria impone no implica, necesariamente, que el administrador haya actuado conforme a la diligencia debida, y en consecuencia, no supone automáticamente, la exclusión de la responsabilidad societaria por daños derivada de la gestión en la crisis. La situación de crisis puede exigir la adopción de medidas accesorias a las legalmente establecidas.

XV

La crisis disolutoria impone a los administradores el deber de convocar, en el plazo de dos meses, la Junta General para que adopte acuerdo de disolución o inste el concurso. La norma plantea graves problemas interpretativos cuando la sociedad se encuentra a la vez en situación de pérdidas cualificadas y de insolvencia.

En el supuesto de que la sociedad se encontrara en situación de pérdidas cualificadas e insolvencia actual, entendemos que la legislación concursal desplaza a la societaria, por lo que el órgano legitimado para el inicio del proceso concursal (el órgano de administración) deberá solicitar el concurso sin que sea necesaria convocatoria previa de la Junta. Ello no excluye la posibilidad de que (siempre y cuando fuera posible dentro del plazo que la Ley legalmente impone para cumplir con el deber de solicitud de concurso) el órgano de administración convoque una Junta. Si la Junta decide la adopción de medidas que produzcan la remoción del estado de insolvencia actual, decaerá el deber de solicitud de concurso, por ausencia de presupuesto objetivo. La competencia del órgano de administración para el inicio del proceso concursal tampoco impide la convocatoria de una Junta con fines informativos.

En el supuesto controvertido en que las pérdidas cualificadas concurren con el estado de insolvencia inminente, consideramos que el órgano competente para el inicio del proceso concursal sigue siendo el órgano de administración. Los administradores deben valorar si el inicio del proceso concursal es el comportamiento más diligente, teniendo en cuenta el interés social en la crisis y las circunstancias concurrentes. La Junta, que deberá ser convocada para dar cumplimiento a lo establecido en el artículo 365.1 LSC, con una finalidad esencialmente informativa, podrá modificar cuál es el «actuar diligente» en el caso concreto, en tanto pueda ofrecer soluciones distintas a la diseñada por el órgano de administración que resulten objetivamente mejores para la sociedad, siempre teniendo en cuenta la composición de intereses concurrentes en la crisis. En consecuencia, el fundamento de la convocatoria estando la sociedad en situación de pérdidas cualificadas e insolvencia inminente es informar a los socios de la crisis, permitiendo la discusión de las medidas a tomar.

XVI

La determinación del plazo para la convocatoria de la Junta que ha de acordar la disolución también plantea algunas cuestiones sobre las que conviene posicionarse. En primer lugar, la Ley dispone un plazo para la convocatoria de la Junta, no para la celebración de la misma. Ello no debe implicar un retraso innecesario. La Junta deberá celebrarse lo antes posible, respetando siempre las disposiciones legales y estatutarias. El retraso negligente es fuente de responsabilidad por el daño derivado del mismo.

En cuanto al *dies a quo* para el cómputo del plazo del deber de convocatoria, se determinará por el momento en que los administradores conocieron o debieron haber conocido la causa de disolución. Los medios conforme a los cuales se ha de apreciar la existencia de pérdidas no están limitados al balance de formulación de cuentas, siendo suficiente cualquier balance intermedio y siendo, además, exigible al administrador diligente que solicite un balance si la situación de pérdidas es presumible (*Bilanz im Kopf des Geschäftsführer*).

XVII

Si la Junta no se convocara, no se celebrara o, celebrándose, no acordara la disolución o la remoción de la causa, los administradores deberán solicitar la disolución judicial en el plazo legalmente establecido.

Cabe en este escenario plantear si la solicitud de concurso es aquí también un mecanismo de cumplimiento alternativo a la disolución judicial. Consideramos que sí. Esta conclusión no se discute si en este momento la sociedad ya se encuentra en situación de insolvencia actual, por cuanto la solicitud de concurso continúa siendo el comportamiento debido. Y, desde nuestro punto de vista, también debe admitirse en un escenario de insolvencia inminente. La competencia para decidir sobre el inicio del procedimiento concursal reside en el órgano de administración que también en este momento deberá ponderar cuál es el actuar más diligente, si solicitar la disolución judicial o el inicio del procedimiento concursal.

XVIII

Con la responsabilidad por las obligaciones sociales la Ley establece una consecuencia específica vinculada al incumplimiento de deberes específicos: una garantía legal solidaria por las obligaciones de la sociedad, que se suma a la responsabilidad de la sociedad. El ejercicio de la acción mediante la cual se exige la responsabilidad por las obligaciones sociales plantea algunas cuestiones sobre las que se toma posición en la tesis.

En primer lugar, nos posicionamos en línea con la doctrina que entiende que son aplicables a esta responsabilidad los mecanismos exoneratorios establecidos en el artículo 237 LSC, adaptados al supuesto de hecho concreto de la responsabilidad por obligaciones sociales. Esta norma dispone concreciones de la ausencia de título de imputación subjetiva individual, adaptados al funcionamiento del órgano de administración.

Por otra parte, la Ley dispone que las obligaciones sociales se presumirán de fecha posterior al acaecimiento de la causa de disolución, salvo que los administradores acrediten que son de fecha anterior. La doctrina entiende, de manera mayoritaria, que la norma se traduce en la imposición al administrador de la carga de la prueba de la «posterioridad de la obligación». Ahora bien, es importante no confundir la prueba de la no concurrencia de la causa disolutiva (que se proyecta en el contenido objetivo de la responsabilidad) de la prueba del desconocimiento no culpable de la efectiva concurrencia de la causa. Demostrado el incumplimiento del deber de convocatoria en el plazo legalmente establecido, los administradores serán responsables de las obligaciones posteriores al acaecimiento de la causa de disolución, que podrán ser anteriores al momento de exigibilidad de conocimiento.

En cuanto al término «obligación» convenimos con quienes entienden que ha de interpretarse en un sentido vulgar, como sinónimo de «deuda» y no en un sentido técnico jurídico.

No consideramos que el nuevo artículo 241 bis LC resulte de aplicación a esta responsabilidad, por lo que rige el plazo de cuatro años desde el cese en el ejercicio del cargo (art. 949 Cdc).

Es importante destacar que consideramos que los administradores no responden si en el momento del cese aún no se había producido un incumplimiento definitivo del deber, entendiendo que el deber no se incumple hasta que no transcurre el plazo legalmente establecido. Resulta más complejo manifestarse con seguridad en relación con la responsabilidad de los administradores por las obligaciones que se produjeran con posterioridad al cese del administrador, pero habiéndose producido ya un incumplimiento definitivo. Consideramos que si el único argumento para negar la responsabilidad del administrador es la pérdida de la capacidad gestora que se produce con el cese, el administrador debería responder porque siempre habría tenido la posibilidad de solicitar la disolución judicial como interesado.

XIX

En relación con la contraposición que aparentemente existe entre las regulaciones con sistemas de *wrongful trading* y aquellas con deber de solicitud de concurso, entendemos que debe desterrarse la tendencia a aproximarse a este binomio como alternativo o

excluyente, y plantear su comprensión como copulativo. La esencia del *wrongful trading* (la previsibilidad de la insolvencia como *activador* de una exigencia de gestión destinada a minimizar el daño) no deja de ser, desde nuestro punto de vista, la misma que se deriva del que hemos denominado *deber de diligencia en la crisis*. Al margen de que se pudiera valorar la importación expresa de un sistema de *wrongful trading*, lo fundamental es hacer una interpretación del interés social y del deber de diligencia en la crisis empresarial en que resida la *exigencia del pronóstico de la insolvencia*.

XX

En cuanto a la diligencia debida en la crisis concursal, ésta requiere, en primer lugar, evitar la inacción. El administrador está obligado desde que conoce la situación de crisis a realizar, dentro de los límites de lo legalmente establecido, todas las actuaciones necesarias para salvaguardar, en la medida de lo posible, los intereses de la sociedad, socios y acreedores (teniendo en cuenta la composición de intereses propia del escenario concursal).

Además, como no podía ser de otra manera, un comportamiento diligente en la crisis concursal exige el correcto cumplimiento por parte del administrador de todos los deberes que la legislación concursal le impone. Destacamos por su relevancia, el deber de solicitar la declaración de concurso y el deber de conservación de la masa.

XXI

El deber de solicitar la declaración de concurso plantea la polémica del órgano legitimado. Consideramos que la legislación concursal no plantea dudas y, siempre que concurren los presupuestos que la LC exige para el inicio del procedimiento, el órgano de administración es el único legitimado para solicitar el inicio del procedimiento, sin necesidad de convocar la Junta General. Cuestión distinta es, como ya se ha manifestado, que la Junta, desde una óptica societaria, deba ser convocada, concurriendo la estado de insolvencia inminente con pérdidas cualificadas. Pero incluso en ese supuesto, el órgano de administración no estará sometido a lo que acuerde la Junta, siempre y cuando la solicitud de concurso resulte la actuación más diligente.

XXII

El deber de conservación de la masa en el mejor interés del concurso debe ser interpretado como un deber que ha de traducirse en una gestión, en el supuesto de intervención, que, permitiendo la continuidad empresarial, garantice la integridad de la masa activa como patrimonio de responsabilidad destinado al pago de acreedores. Convendría reflexionar en torno a la conveniencia de extender los mismos principios que fundamentan este deber a periodos preconcursales.

XXIII

En cuanto a la responsabilidad concursal, consideramos que, a pesar de que subyace a la misma una función sancionadora, la norma, principalmente, busca un mejor resarcimiento de los acreedores vinculando a la masa activa ulteriores patrimonios de responsabilidad distintos al societario, en concreto, el de aquellos que, de manera dolosa o culposa, causaron la insolvencia societaria. En consecuencia, el instituto de la responsabilidad concursal deberá ser analizado bajo la estructura de la responsabilidad indemnizatoria, con la peculiaridad de que la Ley ofrece un sistema de cláusula general acompañado de una serie de presunciones para determinar la culpabilidad (y, en determinados supuestos, antijuridicidad) y que la cuantificación del daño se realiza mediante su identificación, sólo inicial, con la cobertura del déficit concursal. El *quantum* indemnizatorio deberá determinarse a la vista de la relación entre conducta y resultado dañoso.

La Ley exige que se individualice la cantidad imputada a cada uno de los responsables. En este ámbito, entendemos que debería aplicarse la solidaridad propia de la responsabilidad societaria cuando se tratara de actos colegiados o cuando fuera imposible la individualización exigida por la Ley.

XXIV

El administrador de hecho responde de igual manera que aquel o aquellos sobre quienes ejerce influencia suficiente como para ser considerado administrador conforme a los criterios que estaban asentados en nuestra doctrina y que ahora encuentran reflejo en el artículo 236.3 LSC. Ello se extiende a la solidaridad. La figura del administrador de

hecho, ya incluida entre los sujetos responsables tanto en la responsabilidad societaria como en la concursal, debe aplicarse también en el ámbito de la responsabilidad por las obligaciones sociales, siempre y cuando el administrador fáctico tuviera influencia suficiente en la gestión. Cuestión distinta será la de la prueba de dicha influencia.

Por otra parte, consideramos errónea la inclusión del apoderado general entre los sujetos responsables *ex* artículo 172 bis LC. Entendemos que la norma buscaba, en realidad, atraer al círculo de sujetos responsables a aquellos que, no siendo administradores, participan en la dirección de la empresa con autonomía, habiendo influido en la causación o agravamiento de la insolvencia. La necesidad de recurrir a la figura del apoderado general se debe, en nuestra opinión, a la ausencia de la tan necesaria regulación de la figura del Director General. Puede que esa misma carencia haya motivado, en el ámbito de la responsabilidad societaria, la regulación del «consejero delegado de hecho».

Conclusions (English)

I

The study and development of the statute imposed to company directors when the managed company is in financial crisis faces the very indeterminacy of the concept “financial crisis”. This lack of precision has traditionally been one of the biggest pitfalls that academics and practice found in the study of directors’ duties in this context.

The legal concepts usually resorted (qualified losses, imminent insolvency), typical of Corporate and Insolvency Law, have shown a common limitation: the crisis that they define, although not necessarily irreversible, is rather severe. Consequently, these concepts have been criticized for their limitation, precisely, to influence the behavior of managers prior to dissolution or bankruptcy.

In short, although qualified losses and imminent insolvency should be included in the “financial crisis” concept, we consider necessary to develop this concept, in order to be able to elaborate or develop the statute of directors’ duties in financial crisis. We hope that this statute will provide solutions to existing problems, and, in the future, we will be able to create groups of cases in which this statute is applicable.

Assuming that the concept will have some degree of indeterminacy, like many legal concepts, we consider it essential to include the idea of “need for action” (which qualifies directors’ duties as “duties to act”, in another way, “censorship of inactivity”). Therefore, the notion of crisis must contain any financial situation which, if drastic measures are not taken, will lead the company to insolvency.

The underlying idea is not so much the proximity of the crisis, but the negative progression of the corporate financial condition. Therefore, it is important not to use as equivalents the expressions “vicinity of insolvency” and “risk of insolvency”. The first alludes to a temporal proximity, the second, to the probability of insolvency to occur. We believe that the development of the statute of directors’ duties in crisis should be connected to forecasting crisis, not to the proximity of the crisis.

In conclusion, we define the state of crisis as the state that begins with the first financial difficulties and covers the insolvency, and we define state of crisis in a strict way as the period that with the first financial difficulties, encompassing pre-insolvency state, but where the crisis is still objectively reversible. The defining element of the state of crisis is the need for a change in the negative trend of the financial situation of the company, regardless of changes outside the control of the company management. The imminent insolvency is included only if insolvency meets the requirement of being objectively reversible. Imminent insolvency is not included when it refers to a situation where insolvency is irreversible.

II

In any case, from the perspective of directors’ duties in financial crisis, in our opinion, the major problem is not that the lack of definition of the state of crisis prevents directors from their knowledge and, therefore, from the establishment of certain management strategies. The major problem is the one that faces the third party injured by their management decisions, because of the difficulties proving not only the

existence of a state of crisis when the damage occurred, but also the knowledge (or negligent ignorance) of the state of crisis by the directors.

There is no doubt that the Law, in different ways, requires management to be aware of the state of crisis. Accordingly, if it can be induced from the Law the existence of the legal requirement imposed to managers of knowing the state of crisis, it must be specified when ignorance is to be considered culpable. First, ignorance is always culpable when the diligent performance of specific duties incumbent on managers would have led to the knowledge of the state of crisis. Second, it must be presumed knowledge when managers perform actions which by their nature necessarily require the existence of a state of crisis or considered specifically intended to remedy that situation. An example of these actions is negotiating a debt restructuring agreement. Therefore, from a judicial point of view, the existence of management decisions aimed at overcoming the crisis may be considered by the judge as a circumstantial evidence of the knowledge of it.

III

Determined the concurrence of the state of crisis as well as the knowledge of that state by the directors, we need to analyze to what extent this situation influences or modifies standards that should guide the corporate management. We need to determine if the occurrence of this situation changes (and to what extent) the content of the duties incumbent on directors and if, in addition, the state of crisis produces the birth of new duties, especially, in protection of creditors. Ultimately, the controversy could be translated into one idea: if directors have to take into consideration creditors' interest (complementing or displacing shareholders' interest) and if "taking into consideration" is a recommendation or an enforceable duty.

After studying the various positions existing around the best interest of the corporation as guideline of corporate management in crisis, we can state that, in our opinion, *we have a unique interest observed with two different prisms*. The prism of corporate bonanza allows us to view the shareholders interest in the foreground. However, the crisis forces us to watch creditors' interest as a priority. Shareholders' interest remains relevant, but at this time they are in the background. It is definitely not an issue of

primacy, but an issue of short or long term. Shareholders' interest requires, in times of crisis (i.e. short term) defending the interest of corporate creditors.

Accordingly, in this context, the management discretion would be limited by the possibility of significant impairment of the capacity of the company to meet its obligations. Therefore, in a crisis situation, the directors should ensure that the corporate assets are not affected. A different matter is the enforcement of this duty. This work proposes to use the protection tools already offered by our system, reinterpreted from the viewpoint of creditors' protection raised here.

IV

The state of crisis requires the recognition of the existence of a qualified management diligence standard: "risky situations require special diligence". That is, crisis affects the valuation of diligence. This influence can only be understood as the requirement of a greater diligence or a greater rigor to managers in situations of crisis. Consequently, this situation has to be taken into account also in the subsequent trial that values the care and skill employed in performing directors' duties in a financial distressed company.

This does not mean that there is a specific duty of care in financial distressed companies. It means that the duty of care, as it is set by Law, includes a qualified diligence in particularly critical situations. In short, qualified diligence is simply the verbalization of an assumption already contained in the duty.

V

The need to be informed is an expression of the duty of care that seeks to establish a standard of required knowledge to all Board members, individually considered, information required for the proper performance of their duties, specifically, for a diligent decision-making process. Consequently, this duty requires the establishment of mechanisms or systems for monitoring and controlling the corporate evolution. These control mechanisms are to be suitable for the identification of negative trends, providing warning alarms. The inadequacy of the control systems to identify the occurrence of the crisis is to be considered a breach of the duty to inquire. So long as the ignorance of the

crisis is due to dereliction of the duty to keep informed as set out above, ignorance must be considered culpable.

Consequently, if the directors managing financially distressed companies make decisions harmful to the company, shareholders or creditors, managers will not invoke ignorance with exonerative purposes.

VI

From the perspective of the construction of the statute of directors' duties in financially distressed companies, the duty of orderly keeping accounting records and the duty of knowledge of the financial state are concretions of the duty of care and the duty to inquire.

Compliance with the duty of keeping accounting records imposed to directors infers the existence of a duty to monitor the balance sheet. Moreover, the rules on drafting accounting documents by directors are a legal indicator of the existence of a general duty to monitor the financial situation of the company, embodied in the existence of a duty of prognosticate the crisis. Directors could be held liable for not complying with this duty.

Although the existence of this duty to monitor the financial situation of the company is easily appreciated in connection with accounting duties, it can be inferred of a multiplicity of statutes, for example, in dissolution duties in the context of qualified losses or even in the duty of requesting the bankruptcy. These duties are a manifestation of an underlying requirement in our legislation: directors must be regularly and properly informed of the financial and accounting situation of the company.

VII

Furthermore, it must always be borne in mind, that it is forbidden the delegation of the formulation of the annual balance sheet, not only because it is legally banned, but as an interpretative measure of the level of supervision or monitoring required to directors regarding financial and accounting information. Any resort to technical assistance will be insufficient, per se, as a liability exemption for damages arising from management decisions therefore the ignorance of the crisis or from third parties relying in that

information. Only when directors have complied with due care in the selection and control of those assisting, the company will respond according to general principles.

VIII

The executive or non-executive nature of the director should be irrelevant to the knowledge of the state of crisis. The duty of care requires the establishment of structures to ensure a sufficient flow of information, so that lack of knowledge of the financial state for non-executive directors should be considered as a consequence of inadequate monitoring systems.

The assessment of the adequacy of the monitoring system depends on the activity of the company, the nature of the delegated functions as well as the circumstances in which the company is in that particular period. In any case, monitoring systems must have mechanisms that alert of risky trends.

In conclusion, it is considered that the Board has complied carefully with the requirement of establishing an information system, if this system allows timely knowledge of the state of crisis and proper monitoring and control of executive-directors.

IX

As for the Board's delegating responsibility, and despite recent legal reforms, it should be understood that the Board is not only liable for the correct choice of the members of executive committees, but must also be held liable for the consequences arising from the management of the executives, specifically in the area of corporate crisis, when it has not provided an adequate system of monitoring them.

In short, the imputation of liability for the acts or omissions of the executives in the context of the crisis will be made to the Board, in a unified way, excluding initial individual subjective imputation. Subsequently, from an internal perspective, it will be assessed the behavior of the members as individuals. Modulation of diligence given the nature of the position in the Board or the functions assigned will be assessed later.

X

The recent provision of the business judgment rule requires assess its application in context of corporate crisis. First, the rule should not apply if it's understood that, in view of the risk assumed, the decision must be considered irrational. The criterion of rationality requires the exclusion of the scope of the rule of decisions which demand the assumption of an unusual or unnecessary level of risk.

Second, when the company is in financial distress, we must apply the same conclusions achieved regarding corporate best interest in crisis. Consequently, decisions taken by directors in the context of corporate crisis should enjoy the business judgment rule protection if they respect the balance of interest that corporate crisis requires.

XI

When two people engage contacts led to the conclusion of a contract, each part has a right to expect from the other an honest behavior. Similarly, the part that comes in contact with the organic representative of a corporation is entitled to expect from the representative the same honest behavior that the Law would impose if acting in its own behalf. Accordingly, we should start from the premise that all pre-contractual duties incumbent on the company are imposed on the director.

Therefore, weighs on the director the same pre-contractual duty of disclosure which weighs on the company when negotiating with third parties; duty, which grounded in good faith, requires that parts who initiate negotiations to establish a contractual relationship must provide the other truthful information, or, at least, adequate to the knowledge of the one that provides it. More complex is the hypothesis in the absence of questions, but we are inclined to think that in this field rules the principle which demands that, in the negotiation of a contract, one should inform, at least, of the circumstances which determine the possible breach of the contract.

Of course, these assertions fit in complexly in the director-company relationship, for example, in cases where the company is already in financial distress and the fact that the director report to the counterpart of such a situation may affect the chances of recovery of the company. Still, we are inclined to believe that the counterpart has a legitimate right to know the information that will affect their contract in a relevant way.

XII

It must be inferred the existence of a pre-contractual duty of disclosure in protection of creditors that weighs directly on the directors' duties in corporate crisis. This is a duty of care that arises, first, from the general duty of care in the crisis, as well as from various duties incumbent on the director regarding the management of a distressed company.

This pre-contractual duty is a realization of an objective duty of care against third parties. The culpable damage generated will be included in the scope of damages compensated by direct action. The compensation would be limited to the negative contractual interest, and, only if it is determinable, to the equivalent of the situation in which the other part would find itself if having disposed of all information.

Finally, the seriousness of the crisis affects the foundation of the duty of care. In cases where the gravity of the crisis is identified with qualified losses or insolvency, situations in which the Law enforces duties involving a manifestation of the crisis of the company, this duty of care is based on these duties. The same conclusion applies to cases of imminent insolvency, when the company has already decided to file bankruptcy.

It is only in those cases where the company is in a state assimilated to what we have defined as state of crisis in a strict sense, without having decided to initiate insolvency proceedings, when it is really useful and necessary to base the pre-contractual duty of information in an objective duty of care in protection of creditors.

XIII

We advocate the need for further study of the tort protection of credit, to demand directors' liability for damages suffered by creditors arising from selective contractual breaches by distressed companies.

In this scenario, the creditor would have two actions, a contractual one, against the company, and a tort one, against the third party interfering, by direct liability for the damage, which, in the proposed hypothesis, is a corporate director acting in the functions and powers of its office, which decides the selective breach of one or more specified contracts. The interference must be fraudulent.

XIV

The review of the duties and liability of directors in dissolution crisis through the lens of corporate interest in financial crisis leads to certain conclusions that need to be highlighted.

First, it is clear that the concurrence of qualified losses does not displace the remaining duties, but on the contrary, intensifies the duty of care, as abovementioned. Furthermore, the mere fulfillment of the duties that the dissolution crisis requires not necessary imply that the director has acted in accordance with due diligence, and therefore does not automatically imply the exclusion of directors' liability for damages arising from management in crisis. The crisis situation may require the adoption of ancillary measures.

XV

The dissolution crisis requires the directors to call, within two months, the General Meeting to adopt a dissolution agreement or to file bankruptcy. This rule poses serious interpretative problems when the company is at once at qualified losses and insolvent.

When the company is in a situation of qualified losses and insolvency, Insolvency Law displaces Corporate Law and the Board decides the beginning of the insolvency proceeding, without being required prior notification to the General Meeting. This does not exclude the possibility of convening a meeting if the Board decides so and when it is possible, according to the deadline legally imposed. If the General Meeting is called and decides measures that remove the insolvency, the duty of filing the bankruptcy disappears.

When qualified losses concur with imminent insolvency, we believe that the Board remains entitled to the bankruptcy filing. The directors must assess whether the beginning of a bankruptcy process is the most diligent behavior, considering the circumstances. The General Meeting must be called to comply with s. 365.1 LSC, with an essentially informative purpose. This Meeting can amend the management decision if it is able to offer objectively better solutions than the ones designed by the Board. The purpose of calling the General Meeting in a situation of qualified losses and imminent

insolvency is to inform partners of the crisis, allowing the discussion of measures to take.

XVI

The determination of the deadline for calling the General Meeting also arises some questions which must be studied. First, the Act provides a deadline for convening the Meeting, not to hold it. This should not involve unnecessary delay. The Meeting shall be held as soon as possible, always complying with legal and statutory provisions. The negligent delay is a source of liability.

The *dies a quo* for calculating the deadline is determined by when directors knew or should have known the existence of the dissolution cause. It is not necessary to use an annual balance sheet to appreciate the existence of qualified losses. It is sufficient with any intermediate balance and also due to the director to request a balance sheet when the losses are presumed (*Bilanz im Kopf des Geschäftsführer*).

XVII

If the General Meeting is not called, is not held or, celebrated, does not agree to the dissolution or the removal of the cause, directors must seek judicial dissolution in the legally established period.

It is at this stage to ask whether the bankruptcy filing is here also an alternative compliance mechanism to judicial dissolution. We believe so. This conclusion shouldn't be discussed if the company is already insolvent, as the filing remains mandatory. And, from our point of view, should be also accepted in an imminent insolvency scenario. The Board is entitled to bankruptcy filing also at this time, and the Board is the one to ponder whether the initiating an insolvency proceeding is a more diligent management decision than seeking a judicial dissolution.

XVIII

The liability for corporate debts provides a specific consequence linked to the breach of specific duties: a legal guarantee for corporate debts, added to the corporate contractual liability. This liability raises some issues on which position is taken in the thesis.

First, we think that the mechanisms of exoneration provided in s. 237 LSC apply. This section provides concrete cases of absence of individual *imputatio iuris*, adapted to the functioning of the Board.

Moreover, the Act stipulates that corporate debts are presumed to occur after the cause of dissolution, unless directors prove otherwise. However, it is important not to confuse the burden of proof of the dissolution cause and the burden of proof of the date of the debt.

Regarding the term “debt” we agree with those who understand that it must be interpreted in a vulgar way and not in a technical legal sense.

We do not consider that the new s. 241 bis LSC applies to this liability. Consequently, s. 949 Cdc applies.

It is important to underline that we believe that directors should not be held liable if they are separated at a time when the breach of the duty is not definitive, understanding that the breach is not definitive until legal deadline is exceeded. We are not so certain in relation to corporate debts occurred after the separation but before the definitive breach of the duty. We believe that if the only argument to deny liability in this case is the loss of management capacity that occurs with cessation, the director should be liable, considering that he or she remains entitled to request judicial dissolution.

XIX

Despite the contrast that apparently exists between the wrongful trading and the duty of filing bankruptcy, it must be banished the approach to these pairing as alternative or exclusive, but copulative. The essence of wrongful trading (the predictability of insolvency as an activator of a management designed to minimize damage) is the same which is derived from what we have called duty of care in crisis, as a standard subject to modulations. Besides considering the possibility of providing a wrongful trading rule in

Spanish Law, it is essential to make an interpretation of corporate interest and duty of care in corporate crisis that demands a prognosis of insolvency.

XX

As for due diligence in bankruptcy crisis, this demands, first, to avoid inaction. The director is required, since the crisis is known, to perform, within the limits of what is legally established, to take all necessary measures to safeguard, as far as possible, the interests of corporation, partners and creditors (considering the composition of interests in an insolvency scenario).

Besides, a diligent behavior in an insolvency crisis requires proper compliance by the director of all duties imposed by Insolvency Law.

XXI

The duty of filing bankruptcy raises the controversy of who is entitled. We believe that Insolvency Law is clear on this point. When the insolvency occurs, the Board is the one entitled to start the proceeding, without convening the General Meeting.

From a Corporate Law perspective, the General Meeting should be convened, when concurs imminent insolvency and qualified losses. But even in that case, the Board will not be subject to the agreements of the General Meeting, if the bankruptcy filing remains the most diligent performance.

XXII

The duty of maintaining the estate of the company for the interest of the insolvency, should be translated into a management that allows the business continuity, ensuring the integrity of the assets liable for the payment of creditors.

It would be desirable to meditate on whether to extent the same principles that underpin this duty to pre-insolvency periods.

XXIII

As for the liability of directors in bankruptcy, we believe that, despite its punitive function, it mainly seeks a better compensation for creditors, linking the corporate liability assets to the directors' assets, when directors have culpably generated or aggravated corporate insolvency.

Consequently, liability of directors in bankruptcy should be analyzed under the framework of the compensatory liability, with the particularity that the Insolvency Law provides a general clause accompanied by a number of presumptions to determine culpability (and, in certain cases, illegality) and that the quantification of the damage is done through an identification, only initial, with the coverage of the bankruptcy deficit. The compensatory damages should be determined in view of the causation in fact and legal causation.

The Insolvency Act requires that the amount charged is individualized to each of those liable. We understand that directors can be held jointly liable when the harmful decision has been made by the Board in a collegiate way or when individualization is impossible.

XXIV

The shadow director or the *de facto* director has to be held liable as those over whom the director has enough influence to be considered director according to the criteria settled by our academics and now enacted in s. 236.3 LSC. This applies for joint liability. The shadow director or *de facto* director included among the possible liable subjects by both Corporate and Insolvency Law, it should also apply in the liability for corporate debts, when the director has influence over the management. A different problem is the proof of such an influence.

Moreover, we consider erroneous to include the officers between those who can be liable ex s. 172 bis LC. We think that this rule seeks to draw to the circle of liable subjects those which are not directors but are involved in the management in an autonomous way, when they have had influence in the causation or aggravation of insolvency. But, in our opinion, regarding the regulation of officers in Spain, this inclusion is due to the absence of the much needed regulation of the General Manager (*Director General*). This lack may have motivated the provision of the “*de facto* CEO”.

BIBLIOGRAFÍA

ABBADESSA, P., «Il direttore generale», en COLOMBO, G.E./PORTALE, G.B. (dir.), *Tratatto delle società per azioni*, vol. 4, UTET, Torino, 1995, pp. 459-484.

ABEL LLUCH, X., *Derecho probatorio*, Bosch, Barcelona, 2012.

ABETE, L., «La responsabilità degli organi di gestione, liquidazione e controllo nella riforma della legge fallimentare», *Fallimento*, 1/2006, pp. 5-16.

ABRIANI, N., *Gli amministratori di fatto delle società di capitali*, Giuffrè, Milano, 1998.

ADAMS, C.W., «An Economic Justification for Corporate Reorganizations» 20 Hofstra L. Rev. 117 (1991-1992).

ALCOVER GARAU, G., «La responsabilidad de los administradores de la sociedad anónima por las deudas sociales ex artículo 262.5 y los procedimientos concursales», *RdS*, 8/1997, pp. 265-271.

- «Introducción al Régimen Jurídico de la Calificación Concursal», en GARCÍA VILLAYERDE, R./ALONSO UREBA, A./PULGAR EZQUERRA, J. (dirs.), *Derecho Concursal. Estudio Sistemático de la Ley 22/2003 y de la Ley 8/2003 para la Reforma Concursal*, Dilex, Madrid, 2003, pp. 487-503.
- «Aproximación a la naturaleza jurídica de la responsabilidad concursal de los administradores de las sociedades de capital», *RDGP*, 7/2007, pp. 91-108.

ALFARO ÁGUILA-REAL, J., *Interés social y derecho de suscripción preferente. Una aproximación económica*, 1ª ed., Civitas, Madrid, 1995.

- «La llamada acción individual de responsabilidad contra los administradores sociales», *RdS*, 18/2002, pp. 45-76.

ALLEGRETTI, F., «Il concordato preventivo rivisato», *Dir. Fall.*, 2006, I, pp. 877-903.

ALONSO LEDESMA, C., «Algunas consideraciones sobre el juego de la cláusula del interés social en la supresión o limitación del derecho de suscripción preferente», AAVV, *Derecho mercantil de la Comunidad Económica Europea. Estudios en homenaje a José Girón Tena*, Civitas, Madrid, 1991, pp. 29-61.

- «Derecho de sociedades vs. Derecho concursal. ¿Técnicas alternativas o complementarias de protección de los acreedores?», en ALONSO LEDESMA, C./ALONSO UREBA, A./ESTEBAN VELASCO, G. (dirs.), *La modernización del Derecho de sociedades de capital en España. Cuestiones pendientes de reforma*,

T. II, Aranzadi, Pamplona, 2011, pp. 67-107.

ALONSO UREBA, A., «Presupuestos de la responsabilidad social de los administradores de una sociedad anónima», *RDM*, 198/1990, pp. 639-725.

- «La responsabilidad de los administradores de una sociedad de capital en situación concursal (el art. 171.3 del Anteproyecto de la Ley Concursal y sus relaciones con las acciones societarias de responsabilidad)», en GARCÍA VILLAYERDE, R./ALONSO UREBA, A./PULGAR EZQUERRA, J. (dirs.), *Estudios sobre el Anteproyecto de la Ley Concursal de 2001*, Dilex, Madrid, 2002, pp. 263-313.
- «La responsabilidad concursal de los administradores de una sociedad de capital en situación concursal (el art. 172.3 de la Ley Concursal y sus relaciones con las acciones societarias de responsabilidad)», en En GARCÍA VILLAYERDE, R./ALONSO UREBA, A./PULGAR EZQUERRA, J. (dirs.), *Derecho Concursal. Estudio Sistemático de la Ley 22/2003 y de la Ley 8/2003 para la Reforma Concursal*, Dilex, Madrid, 2003, pp. 505-576.
- «Comentario al artículo 172.3», en PULGAR EZQUERRA, J./ALONSO LEDESMA, C./ALONSO UREBA, A./ALCOVER GARAU, G. (dirs.), *Comentarios a la legislación concursal (Ley 22/2003 y 8/2003 para la Reforma Concursal)*, T. II, Dykinson, Madrid, 2004, pp. 1432-1448.
- «Diferenciación de funciones (supervisión y dirección) y tipología de consejeros (ejecutivos y no ejecutivos) en la perspectiva de los artículos 133.3 (responsabilidad de administradores) y 141.1 (autoorganización del Consejo) del TRLSA», en RODRÍGUEZ ARTIGAS, F. *et alt. (dir.)*, *Derecho de sociedades anónimas cotizadas*, T. II, Thomson-Aranzadi, Madrid, 2006, pp. 769-850.
- «Hacia un modelo monista revisado de administración de la SA cotizada como opción al modelo dualista», en ALONSO LEDESMA, C./ALONSO UREBA, A./ESTEBAN VELASCO, G. (dirs.), *La modernización del Derecho de sociedades de capital en España. Cuestiones pendientes de reforma*, T. I, Aranzadi, Pamplona, 2011, pp. 567-639.
- «La responsabilidad concursal del artículo 172 bis LC», en PULGAR EZQUERRA, J. (dir.), *El concurso de acreedores. Adaptado a la Ley 38/2011, de 10 de octubre, de reforma de la Ley Concursal*, La Ley, Madrid, 2012, pp. 557-601.

ALTMETPEN, H., «Haftung der Geschäftsführer. § 43 GmbHG», en ROTH,

G.H./ALTMEPPEN, H., *Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung, (GmbHG)*, 3 neubearbeitete Auflage, Beck, München, 1997, pp. 452-474.

- «Haftung der Geschäftsführer. § 43 GmbHG», en ROTH, G.H./ALTMEPPEN, H., *Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung, (GmbHG)*, 7 neubearbeitete Auflage, Beck, München, 2012, pp. 802-847.

AMBROSINI, S./AIELLO, M., «Società per azioni. Responsabilità degli amministratori», *Giur. comm.*, 2011, II, pp. 951-968.

AMES, O.K., «Tortious Interference with Business Relationships: the Changing Contours of this Commercial Tort», 35 *Cumb. L. Rev.* 317 (2004-2005).

ARIAS VARONA, F.J., «Los acuerdos de refinanciación en el contexto comparado», en ARIAS VARONA, F.J. (dir.), *Conservación de empresas en crisis. Estudios jurídicos y económicos*, La Ley, Madrid, 2013, pp. 33-66.

ARMOUR, J./HERTIG, G./KANDA, H., «Transactions with Creditors», en *The Anatomy of Corporate Law: A Comparative and Functional Approach*, 2nd ed., Oxford University Press, New York, 2009, pp. 115-151.

ARNOLD, M., «General Duties of Directors», en MORTIMORE, S., *Company Directors. Duties, Liabilities, and Remedies*, Oxford University Press, 2009, pp. 219-237.

ARROYO MARTÍNEZ, I., «Comentario al artículo 133», en ARROYO, I./EMPID, J.M./GÓRRIZ, C. (coord.), *Comentarios a la Ley de Sociedades Anónimas*, vol. II, 2^a ed., Tecnos, Madrid, 2009, pp. 1516-1554.

ASÚA GONZÁLEZ, C. I., *La culpa in contrahendo (Tratamiento en el Derecho alemán y presencia en otros ordenamientos)*, Universidad del País Vasco, Bilbao, 1989.

BACHNER, T., «Wrongful Trading – A New European Model for Creditor Protection?», 5 *EBOR* (2004), pp. 293-319.

BADOSA COLL, F., *La diligencia y la culpa del deudor en la obligación civil*, Publicaciones del Real Colegio de España, Bolonia, 1987.

BAIRD, D.G., «The Uneasy Case for Corporate Reorganizations», 15 *J. Legal Stud.* 127 (1986).

BALLERSTEDT, K., «Zur Haftung für culpa in contrahendo bei Geschäftsabschluß durch Stellvertreter», *AcP*, 1950-1951, pp. 501-531.

BARNETT, C.L., «Healthco and the Insolvency Exception: An Unnecessary Expansion of the Doctrine?», 16 *Bankr. Dev. J.* 441 (1999-2000).

BARONDES, R.R., «Fiduciary Duties of Officers and Directors of Distressed

Corporations», 7 Geo. Mason L. Rev. 45 (1998-1999).

BARRET, R., «Director's Duties to Creditors», 40 Mod. L. Rev. 226, 1977, pp. 226-231.

BARTALINI, G., *La responsabilità degli amministratori e dei direttori generali di società per azioni*, UTET, Torino, 2000.

BATALLER GRAU, J., «La disolución», en ROJO, A./BELTRÁN, E. (dirs.), *Disolución y liquidación de sociedades mercantiles*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2009, pp. 23-89.

- «Comentario al artículo 361», en ROJO, A./BELTRÁN, E. (dirs.), *Comentario de la Ley de Sociedades de Capital*, T. II, Civitas, Navarra, 2011, pp. 2539-2542.
- «Comentario al artículo 363», en ROJO, A./BELTRÁN, E. (dirs.), *Comentario de la Ley de Sociedades de Capital*, T. II, Civitas, Navarra, 2011, pp. 2547-2559.
- «Comentario al artículo 365», en ROJO, A./BELTRÁN, E. (dirs.), *Comentario de la Ley de Sociedades de Capital*, T. II, Civitas, Navarra, 2011, pp. 2563-2568.
- «Comentario al artículo 366», en ROJO, A./BELTRÁN, E. (dirs.), *Comentario de la Ley de Sociedades de Capital*, T. II, Civitas, Navarra, 2011, pp. 2568-2572.
- «Comentario al artículo 367», en ROJO, A./BELTRÁN, E. (dirs.), *Comentario de la Ley de Sociedades de Capital*, T. II, Civitas, Navarra, 2011, pp. 2572-2578.

BAXT, R., «Company Law: The Role of Company Directors», *Australian Business Law Review*, agosto, 1989, pp. 275-278.

BELTRÁN SÁNCHEZ, E., «Pérdidas y responsabilidad de los administradores», *RDM*, 205/1992, pp. 471-486.

- *La disolución de la sociedad anónima*, Civitas, 2ª ed., Madrid, 1997.
- «Comentario al artículo 142», en ROJO, A./BELTRÁN, E. (dirs.), *Comentario de la Ley Concursal*, T. II, Civitas, Madrid, 2004, pp. 2295-2314.
- «Comentario a la Disposición Final Vigésima de la Ley Concursal», en ROJO, A./BELTRÁN, E. (dirs.), *Comentario de la Ley Concursal*, vol. II, Civitas, Madrid, 2004, pp. 3240-3257.
- «La regularidad en el cumplimiento de las obligaciones, el estado de insolvencia y la función del concurso de acreedores», en AAVV, *Estudios de Derecho de sociedades y Derecho concursal. Libro homenaje al Profesor Rafael García Villaverde*, T. III, Marcial Pons, Madrid, 2007, pp. 1737-1756.
- «De nuevo sobre la “naturaleza” de la responsabilidad concursal», *RdS*, 39/2012, pp. 355-376.
- «La responsabilidad de los administradores por obligaciones sociales», en ROJO,

- A./BELTRÁN, E. (dirs.), *La responsabilidad de los administradores de las sociedades mercantiles*, Tirant lo Blanch, 5ª ed., Valencia, 2013, pp. 249-293.
- BELTRÁN, E./ GARCÍA-CRUCES, J.A.**, «Acuerdos de refinanciación», en BELTRÁN, E./GARCÍA-CRUCES, J.A. (dirs.) *Enciclopedia de Derecho Concursal*, T. I, Thomson-Reuters, Pamplona, 2102, pp. 151-171.
- «Responsabilidad concursal», en BELTRÁN, E./GARCÍA-CRUCES, J.A. (dirs.) *Enciclopedia de Derecho Concursal*, T. II, Thomson-Reuters, Pamplona, 2102, pp. 2625-2641.
- BENZI, D.**, «In tema di stato di insolvenza», *Dir. Fall.*, 2005, II, pp. 99-106.
- BERMEJO GUTIÉRREZ, N./RODRÍGUEZ PINEAU, E.**, «Normas de protección de acreedores: entre el derecho de sociedades y el derecho concursal», *InDret*, 4/2006.
- BEVERIDGE, N.P. JR.**, «Does a Corporation's Board of Directors owe a Fiduciary Duty to its Creditors?», 25 St. Mary's L.J. 589 (1993-1994).
- BIRDS, J.**, *Boyle & Birds' Company Law*, 6ª ed., Jordans, Bristol, 2007.
- «The Duties of Directors», *Boyle & Birds' Company Law*, 8ª ed., Jordans, Bristol, 2011.
- BLANCO CAMPAÑA, J.**, *Régimen jurídico de la contabilidad de los empresarios*, Madrid, 1980.
- BLOCK, D.J./BARTON, N.E./RADIN, S.A.**, *The Business Judgment Rule: Fiduciary Duties of Corporate Directors*, Aspen Law & Business, New York, 2009.
- BOLTON, J.C.**, «What is a «Fair Valuation»?», ABI Committee News, Volume 4, Number 1, January 2007, <http://www.abiworld.org/committees/newsletters/litigation/vol4num1/FairValuation.html>
- BONARDELL LENZANO, R.**, *Régimen jurídico de la contabilidad del empresario*, Marcial Pons, Madrid, 2012.
- BONELLI, F.**, *La responsabilità degli amministratori di società per azioni*, Giuffrè, Milano, 1992.
- «La responsabilità degli amministratori», en COLOMBO, G.E./PORTALE, G.B. (dir.), *Trattato delle società per azioni*, T. 4, UTET, Torino, 1995, pp. 323-458.
 - *Gli amministratori di società per azioni (dopo la riforma delle società)*, Giuffrè, Milano, 2004.
- BONSIGNORI, A.**, «Il fallimento», en GALGANO, F. (dir.), *Trattato di Diritto commerciale e di Diritto pubblico dell'economia*, vol. IX, Cedam, Padova, 1986.

- BORK, R.**, «Haftung des GmbH-Geschäftsführers wegen verspäteten Konkursantrags», *ZGR*, 3/1995, pp. 505-528.
- BORROWDALE, A.**, «Liability of Directors in Tort - Developments in New Zealand», *JBL*, 1998, pp. 96-110.
- BOZZA, G.**, «Le condizioni soggettive ed oggettive del nuovo concordato», *Fallimento*, 8/2005, pp. 952-960.
- BRUNSTAD, G.E. JR.**, «Bankruptcy and the Problems of Economic Futility: a Theory of the Unique role of Bankruptcy Law», 55 *Bus. Law*. 499 (1999-2000).
- CABANILLAS SÁNCHEZ, A.**, «Introducción al estudio de los deberes de protección en el derecho de obligaciones», en AAVV, *Homenaje a Luis Rojo Ajuria: escritos jurídicos*, Parte 1, Servicio de publicaciones de la Universidad de Cantabria, Santander, 2002, pp. 175-186.
- CAIAFA, A.**, *La Legge Fallimentare riformata e corretta*, Cedam, Padova, 2008.
- CAMPBELL, R.B. JR./FROST, C.W.**, «Managers' Fiduciary Duties in Financially Distressed Corporations: Chaos in Delaware (and Elsewhere)», 32 *J. Corp. L.* 491 (2007).
- CANARIS, C-W.**, «Die Haftung für fahrlässige Verletzung der Konkursantragspflicht nach § 64 GmbHG», *JZ*, 13/1993, pp. 649-652.
- CASPER, M.**, «Liability of the Managing Director and Shareholder in the GmbH (Private Limited Company) in crisis», *German Law Journal*, 9/2008, pp. 1125-1140.
- «§ 64», en ULMER, P. (Hrsg.), *Großkommentar GmbHG*, Band III: §§ 53 bis 87, Mohr Siebeck, 2008, pp. 602-711.
 - «§ 64», en ULMER, P. (Hrsg.), *Großkommentar GmbHG*, Mohr Siebeck, 2010 (Ergänzungsband MoMiG), pp. 597-713.
- CASSOTTANA, M.**, «Responsabilità degli amministratori nella crisi dell'impresa», *Fallimento*, 3/2004, 298-301.
- CASTIELLO D'ANTONIO, A.**, «Riflessi disciplinari degli accordi di ristrutturazione e dei piani attestati», *Dir. Fall.*, 2008, I, pp. 605-619.
- CERDÁ ALBERO, F.**, *Administradores, insolvencia y disolución por pérdidas*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000.
- CLARK, R.C.**, *Corporate Law*, Little, Brown and Company, Boston, 1986.
- COBURN, N.F.**, «Insolvent Trading in Australia: The Legal Principles», en RAMSAY, I.M. (ed.), *Company Directors' Liability for Insolvent Trading*, CCH Australia Limited and

Centre for Corporate Law and Securities Regulation Faculty of Law, University of Melbourne, 2000, pp. 73-128.

COHEN, Z., «Directors' Negligence Liability to Creditors: a Comparative and Critical View», 26 J. Corp. L. 351 (2000-2001).

COLINO MEDIAVILLA, J.L., «Comentario al artículo 43», en PULGAR EZQUERRA, J./ALONSO LEDESMA, C./ALONSO UREBA, A./ALCOVER GARAU, G. (dirs.), *Comentarios a la legislación concursal (Ley 22/2003 y 8/2003 para la Reforma Concursal)*, T. I, Dykinson, Madrid, 2004, pp. 611-615.

COMISIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS PARA EL DERECHO MERCANTIL INTERNACIONAL (CNUDMI), *Guía Legislativa de la CNUDMI sobre el Régimen de la Insolvencia*, Publicación de las Naciones Unidas, Nueva York, 2006.

COOTER, R./FREEDMAN, B.J., «The Fiduciary Relationship: its Economic Character and Legal Consequences», 66 N. Y. U. L. Rev. 1045 (1991).

CORPORATE LAWS COMMITTEE, ABA SECTION OF BUSINESS LAW, *Corporate Director's Guidebook*, 6ª ed., 66 Bus. Law. 975 2010-2011.

COTTINO, G., *Diritto societario*, CEDAM, Padova, 2006.

COUTINHO DE ABREU, J.M., «Interés social y deber de lealtad de los socios», *RdS*, 19/2002, pp. 39-56.

DAUNER-LIEB, B., «Die Berechnung des Quotenschadens», *ZGR*, 3/1998, pp. 617-631.

DAVIES, P., *Gower's Principles of Modern Company Law*, 6ª ed. por PAUL DAVIES, Sweet & Maxwell, London, 1997.

- «Legal Capital in Private Companies in Great Britain», *Die Aktiengesellschaft*, 43/1998, pp. 346-354.
- «Director's Creditor-Regarding Duties in Respect of Trading Decisions Taken in the Vicinity of Insolvency», *European Business Organization Law Review* 7, 2006, pp. 301-337.

DE CRESCIENZO, U., «Questioni in tema di responsabilità di amministratori», *Fallimento*, 11/2004, pp. 1226-1230.

DE EIZAGUIRRE BERMEJO, J.Mª., «Comentario al artículo 260», en DE EIZAGUIRRE, J.Mª./DE ANGULO RODRÍGUEZ, L., *Disolución y Liquidación. Obligaciones*, en SÁNCHEZ CALERO; F. (dir.), *Comentarios a la Ley de Sociedades Anónimas*, T. VIII, EDERSA, Madrid, 1993, pp. 12-64.

- «Comentario a los artículos 261 y 262», en DE EIZAGUIRRE, J.Mª. /DE ANGULO

- RODRÍGUEZ, L., *Disolución y Liquidación. Obligaciones*, en SÁNCHEZ CALERO; F. (dir.), *Comentarios a la Ley de Sociedades Anónimas*, T. VIII, EDERSA, Madrid, 1993, pp. 65-90.
- *La disolución de la sociedad de responsabilidad limitada*, Civitas, Madrid, 2000.
- DE LA CUESTA RUTE, J.M^a., «El convenio concursal y la conservación de la empresa», en AAVV, *Estudios sobre la Ley Concursal. Libro Homenaje a Manuel Olivencia*, T. IV, Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 2005, pp. 4483-4507.
- DE LA MAZA GAZMURI, I., «Deber de informar, dolo incidental e incumplimiento contractual. Nota a la STS de 11 de julio de 2007», *ADC*, LX/2007, pp. 1861-1865.
- *Los límites del deber precontractual de información*, Civitas, Pamplona, 2010.
- DEL OLMO GARCÍA, P., «Responsabilidad por daño puramente económico causado por al usuario de informaciones falsas», *ADC*, LIV/2001, pp. 257-368.
- DEUTSCH, E., *Haftungsrecht. Erster Band: Allgemeine Lehren*, Heymanns, Köln, Berlin, Bonn, München, 1976.
- *Unerlaubte Handlungen, Schadensersatz und Schmerzensgeld*, 2. Auflage, Heymanns, Köln, Berlin, Bonn, München, 1993.
- DI AMATO, S., «L'azione di responsabilità ex art. 146 Legge Fallimentare alle soglie della riforma del Diritto Societario», *Dir. Fall.*, 2003, I, pp. 20-70.
- DÍEZ-PICAZO, L., *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, T. I., 6^a ed., Civitas, Madrid, 2007.
- *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, . V., 1^a ed., Civitas, Madrid, 2011.
- DUQUE DOMÍNGUEZ, J.F., *Tutela de la minoría: impugnación de acuerdos lesivos (art. 67 L.S.A.)*, Universidad de Valladolid, Secretariado de Publicaciones, Valladolid, 1957.
- EASTERBROOK, F.H./FISCHEL, D.R., *La estructura económica del derecho de las sociedades de capital (The Economic Structure of Corporate Law, 1991)*, Trad., FRANCISCO MARCOS; Fundación Cultural del Notariado, 2002.
- «Contract and Fiduciary Duty», 36 J.L. & Econ. 425 (1993).
- EBENROTH, C-T./KRÄUTER, T., «Die Eigenhaftung des GmbHG-Geschäftsführers bei der Anlagevermittlung», *BB*, 9/1990, pp. 569-575.
- EMBED IRUJO, J.M., «La responsabilidad social corporativa ante el Derecho mercantil», *CDC*, 42/2004, pp. 11-44.
- ENCISO ALONSO-MUÑUMER, M., *La judicialización de los convenios extrajudiciales: la propuesta anticipada de convenio*, La Ley, Madrid, 2012.

ESPÍN GUTIÉRREZ, C., «Comentario a los artículos 320 a 327», en ROJO, A./BELTRÁN, E. (dirs.), *Comentario de la Ley de Sociedades de Capital*, T. II, Civitas, Navarra, 2011, pp. 2360-2380.

ESTEBAN VELASCO, G., *El Poder de Decisión en las Sociedades Anónimas (Derecho europeo y reforma del Derecho español)*, Civitas, Madrid, 1982.

- «Modalidades de atribución y ejercicio del poder de representación», AAVV, *Derecho mercantil de la Comunidad Económica Europea. Estudios homenaje a José Girón Tena*, Civitas, Madrid, 1991, pp. 303-322.
- «Configuración estatutaria del órgano de administración», En AAVV, *Derecho de Sociedades Anónimas*, T. I, La fundación, Civitas, Madrid, 1991, pp. 345-379.
- «Derecho de información del accionista», en AAVV, *Derecho de Sociedades Anónimas*, T. II, vol. 1, Capital y acciones, Civitas, Madrid, 1994, pp. 175-253.
- «Algunas reflexiones sobre la responsabilidad de los administradores frente a los socios y terceros: acción individual y acción por no promoción o remoción de la disolución», *RdS*, 5/1995, pp. 47-78.
- «Responsabilidad civil de los administradores» (voz), en MONTROYA MELGAR, A. (dir.), *Enciclopedia Jurídica Básica*, T. IV, Civitas, Madrid, 1995, pp. 5912-5916.
- «Algunas reflexiones sobre la estructura orgánica de la sociedad de responsabilidad limitada en la nueva Ley», en RODRIGUEZ ARTIGAS, F. (coord.), *Derecho de sociedades de responsabilidad limitada*, T. I, McGraw-Hill, Madrid, 1996, pp. 549-584.
- «La renovación de la estructura de la administración en el marco del debate sobre el gobierno corporativo», en ESTEBAN VELASCO, G. (coord.), *El gobierno de las sociedades cotizadas*, Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 1999, pp. 137-212.
- «El Gobierno de las Sociedades Cotizadas. La experiencia española», *CDC*, n° 35, septiembre, 2001, pp. 13-97.
- «Interés social, buen gobierno y responsabilidad social corporativa (algunas consideraciones desde una perspectiva jurídico-societaria)», en AAVV, *Responsabilidad social corporativa, aspectos jurídico-económicos*; Publicacions de la Universitat Jaume I, 2005, pp. 13-62.
- «La acción individual de responsabilidad», en ROJO, A./BELTRÁN E. (dir.), *La responsabilidad de los administradores de las sociedades mercantiles*, 5ª ed.,

Tirant lo Blanch, Madrid, 2013, pp. 161-247.

- «Responsabilidad social corporativa: delimitación, relevancia jurídica e incidencia en el Derecho de Sociedades y en el Gobierno Corporativo», en GARCÍA DE ENTERRÍA, J. (coord.), *Liber Amicorum Juan Luis Iglesias*, Civitas, Cizur Menor, Navarra, 2013, pp. 271-312.

FARRAR, J., «The Obligation of a Company's Directors to its Creditors Before Liquidation», *JBL*, 1985, pp. 413-416.

FARRAR, J.H./FUREY, N.E./HANNINGAN. B.M., *Farrar's Company Law*, 3ª ed., Butterworths, Londres, 1991.

FERNÁNDEZ ARÉVALO, A., *La lesión extracontractual del crédito*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1996.

FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, L., «El régimen de responsabilidad de los administradores en la Ley de Sociedades Anónimas: supuestos, principios y problemas», *Boletín del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid*, 5/1997, Madrid, pp. 9-55.

- «La responsabilidad concursal de los administradores de sociedades de capital», en FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, L./SÁNCHEZ ÁLVAREZ, M.Mª (coord.), *Comentarios a la Ley Concursal*, Marcial Pons, Madrid, 2004, pp. 701-721.

FERNÁNDEZ-BALLESTEROS, M.A., «Comentario al artículo 5», FERNÁNDEZ-BALLESTEROS (coord.), *Proceso Concursal Práctico (Comentarios a la nueva Ley Concursal)*, Irgium, Madrid, 2004, pp. 37-44.

FERRI JR., G., «La gestione della società in liquidazione», *Riv. Dir. Comm.*, 2003, I, pp. 421-437.

FERRI, G., *Le Società*, en VASSALLI, F. (ed.), *Trattato di diritto civile italiano*, vol. 10, T. 3, 3ª ed., UTET, 1989.

FERRO, M., «Il contenuto oggettivo dell'accertamento dell'istruttoria pre-fallimentare: l'insolvenza concorsuale», *Giur. comm.*, 1997, I, pp. 842-865.

FINCH, V., «Directors' Duties Toward Creditors», *The Company Lawyer*, vol. 10, nº 1, enero, 1989, (pp. 23-25).

- *Corporate Insolvency Law: Perspectives and Principles*, 2ª ed., Cambridge University Press, 2009.

FLEISCHER, H., «La "business judgment rule" a la luz de la comparación jurídica y de la economía del derecho», *RDM*, 246/2002, pp. 1727-1753.

- «Shareholders vs. Stakeholders: Aktien- und übernahmerechtliche Fragen», en

HOMMELHOFF, P./HOPT, K.J./V. WEDER, A., (Hrsg.), *Handbuch Corporate Governance*, Köln, Otto Schmidt, 2003, pp. 129-155.

- «§ 20. Vorstandspflichten bei Verlust, Überschuldung und Zahlungsunfähigkeit», en FLEISCHER, H. (Hrsg.), *Handbuch des Vorstandsrecht*, Beck, München, 2006, pp. 742-765.
- «§ 93. Sorgfaltspflicht und Verantwortlichkeit der Vorstandsmitglieder», en SPINDLER, G./STILZ, E. (Hrsg.), *Kommentar zum Aktiengesetz*, Band 1 §§ 1-149, 2. Auflage, Beck, München, 2010, pp. 1070 ss.

FLETCHER, W.M., *Fletcher Cyclopedia of the Law of Private Corporations*, West Group, Perm. Ed., 1998.

FONT GALÁN, J.I., *El derecho de información de los administradores sociales (fundamentación y disciplina)*, EPRINSA, Córdoba, 2002.

FORTUNATO, S., «Contabilità e procedure concorsuali», en *Giur. comm.*, 1998, I, pp. 524-541.

FRASCAROLI SANTI, E., «La regolarità in los pagos como elemento integrante del concepto de insolvencia en el art. 5 de la Legge Fallimentare italiana», *RDCP*, 7/2007, pp. 247-253.

FUENTES NAHARRO, M., «Una aproximación al concepto de administrador de hecho y a la funcionalidad de la figura en los grupos de sociedades», en *Gobierno Corporativo y Crisis Empresariales (II Seminario Harvard-Complutense de Derecho Mercantil)*, Marcial Pons, Madrid, 2006, pp. 289-310.

- *Grupos de sociedades y protección de acreedores (una perspectiva societaria)*, Thomson-Civitas, Navarra, 2007.

GAFFURI, L./SPINETTI, M., «Responsabilità degli amministratori per ritardata richiesta del fallimento», *Fallimento*, 4/2003, pp. 366-371.

GALGANO, F., «La società per azioni», en GALGANO, F. (dir.), *Trattato di Diritto commerciale e di Diritto pubblico dell'economia*, vol. VII, Cedam, Padova, 1984.

GALLEGO SÁNCHEZ, E., «Calificación del concurso», en HERNANDEZ MARTÍ, J. (coord.), *Concurso e insolvencia punible*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, pp. 485-509.

- *El director general de las sociedades anónimas y de responsabilidad limitada*, La Ley, Madrid, 2009.

GALLESIO-PIUMA, M.E., «Indici presuntivi di conoscenza dello stato d'insolvenza (art. 67 l. fall.)», *Giur. comm.*, 1981, II, pp. 111-128.

GARCÍA RUBIO, M.P., *La responsabilidad precontractual en el Derecho español*, Tecnos, Madrid, 1991.

GARCÍA VILLAVERDE, R., «Derecho a la información del socio y del administrador (sobre la existencia de un derecho a la información de los miembros del consejo de administración)», *CDC*, 10/1991, pp. 7-30.

GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ, J.A., «La responsabilidad de los administradores por no promoción o remoción de la disolución de la sociedad: consideraciones en torno al debate jurisprudencial», en Galán Corona (E.)/García-Cruces González, J.A. (coords.), *La responsabilidad de los administradores de las sociedades de capital. Aspectos civiles, penales y fiscales*, Tecnos, Madrid, 1999, pp. 48-90.

- *La calificación del concurso*, Thomson-Aranzadi, Navarra, 2004.
- «Comentario al artículo 172», en ROJO, A./BELTRÁN, E. (dirs.), *Comentario de la Ley Concursal*, T. II, Thomson-Civitas, Madrid, 2004, pp. 2574-2602.
- «La responsabilidad concursal», en Rojo, A./Beltrán E. (dirs.), *La responsabilidad de los administradores de las sociedades mercantiles*, 5ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, pp. 295-357.

GARCÍA-CRUCES, J.A./LÓPEZ SÁNCHEZ, J., *La Reforma de la Ley Concursal. Una primera lectura del Real Decreto-Ley 3/2009*, Thomson Reuters, Navarra, 2009.

GARCÍA-RIPOLL MONTIJANO, M., «La antijuridicidad como requisito de la responsabilidad civil», *ADC*, IV/2013, pp. 1503-1604.

GARNER, B.A. (Editor in Chief), *Black's Law Dictionary*, 8ª ed. Thomson West, 2007.

GARRIGUES, J./URÍA, R., *Comentario a la Ley de Sociedades Anónimas*, T. I, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1952.

- *Comentario a la Ley de Sociedades Anónimas*, T. II, Aguirre ed., Madrid, 1976.

GEVURTZ, F.A., *Corporation Law*, 2ª ed., West, 2010.

GHEZZI, F., «I “doveri fiduciari” degli amministratori nei “Principles of Corporate Governance”», *Rivista delle società*, 41/1996, pp. 465-531.

GIANELLI, G., «Concordato preventivo, accordi di ristrutturazione dei debiti, piani di risanamento dell'impresa nella riforma delle procedure concorsuali. Prime riflessioni», *Dir. Fall.*, 2005, I, pp. 1156-1174.

GIMBERNAT ORDEIG, E., *Delitos cualificados por el resultado y causalidad*, Ed. Reus, Madrid, 1966.

GIRÓN TENA, J., *Derecho de sociedades anónimas (Según la Ley de 17 de julio de*

1951), Publicaciones de los Seminarios de la Facultad de Derecho, Valladolid, 1952.

- «Las cuentas anuales de la S.A.», *RdS*, 1/1993, pp. 9-44.

GODDARD, D., «Directors' Liability for Trading While Insolvent: A Critical Review of the New Zealand Regime», en RAMSAY, I.M. (ed.), *Company Directors' Liability for Insolvent Trading*, CCH Australia Limited and Centre for Corporate Law and Securities Regulation Faculty of Law, University of Melbourne, 2000, pp. 169- 189.

GOLD, A., «A Decision Theory Approach to the Business Judgment Rule: Reflections on Disney, Good Faith, and Judicial Uncertainty», 66 Md. L. Rev. 398 (2006-2007).

GOLDSTEIN, M.L./COHEN, S.E., «Fiduciary Duties of Directors of an Insolvent Corporation», *ALI-ABA Course of Study*, June 27-29, 2002.

GÓMEZ CALLE, E., *Los deberes precontractuales de información*, La Ley, Madrid, 1994.

GONDRA ROMERO, J.M., «Convenio y reorganización en la nueva Ley Concursal a la luz de los modelos de referencia de la experiencia histórico-comparada», en AAVV, *Estudios sobre la Ley Concursal. Libro Homenaje a Manuel Olivencia*, T. IV, Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 2005, pp. 4577-4599.

GONZÁLEZ BILBAO, E., «Identificación de los “intereses concurrentes” y del “interés del concurso” en la nueva Ley Concursal», *RDBB*, 94/2004, pp. 167-191.

GONZÁLEZ CARRASCO, M^a.M., «Comentario al artículo 5», en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (coord.), *Comentarios a la Ley Concursal*, vol. II, Tecnos, Madrid, 2004, pp. 81-87.

GONZÁLEZ VÁZQUEZ, J.C., «Comentario a la Disposición Final Vigésima de la Ley Concursal», en SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE/GUILARTE GUTIÉRREZ (dir.), *Comentarios a la Legislación Concursal*, tomo IV, Lex Nova, Valladolid, 2004, pp. 3799-3872.

GOODE, R., *Principles of Corporate Insolvency Law*, 4th ed., Sweet & Maxwell, London, 2011.

GRANTHAM, R., «The Judicial Extension of Directors' Duties to Creditors», *JBL*, enero, 1991, pp. 1-18.

GROSS-BROWN, S., «Deberes de administradores en el derecho comparado: El deber de diligencia y el business judgment rule», *RdS* 37/2011, pp. 307-320.

GUERRA MARTÍN, G., *El Gobierno de las Sociedades Cotizadas Estadounidenses*, Thomson-Aranzadi, Navarra, 2003.

- «La posición jurídica de los administradores de sociedades de capital», en

- GUERRA MARTÍN, G. (coord.), *La responsabilidad de los administradores de sociedades de capital*, La Ley, Madrid, 2011, pp. 37-84.
- GUERRERO LEBRÓN, M.J./GÓMEZ PORRÚA, J.M.**, «La responsabilidad de los administradores de sociedades de capital en situación concursal», en AAVV, *Estudios sobre la Ley Concursal. Libro Homenaje a Manuel Olivencia*, T. II, Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 2005, pp. 1965-1988.
- GUERRERO TREVIJANO, C.**, *La business judgment rule. El deber de diligencia de los administradores de sociedades de capital*, Tesis Doctoral. Universidad Complutense de Madrid. Facultad de Derecho, Madrid, 2013.
- GUGLIELMUCCI, L.**, *Diritto fallimentare*, 2ª ed., Giappichelli, Torino, 2007.
- GUSSO, F./CRIVELLARI, S.**, «Responsabilità degli amministratori successiva ad una causa di scioglimento della società», *Le Società*, 6/2005, pp. 737-744.
- GUYON, Y., *Droit des affaires. Entreprises en difficultés. Redressement judiciaire. Faillite*, T. 2, 3ª ed., Economica, Paris, 1991.
- *Droit des affaires*, T. 1, 9ª ed., Economica, Paris, 1996.
- HAAS, U.**, *Geschäftsführerhaftung und Gläubigerschutz: unternehmerisch Verhaltenspflichten des GmbH-Geschäftsführers zum Schutz Dritter*, Beck, München, 1997.
- «Fragen zur Insolvenzverschleppungshaftung des GmbH-Geschäftsführers», *NZG*, 9/1999, pp. 373-381.
- HANKS, J.J. JR.**, «Playing with Fire: Nonshareholder Constituency Statutes in the 1990s», 21 *Stetson L. Rev.* 97 (1991-1992).
- HANNINGAN, B.**, *Company Law*, 2ª ed., Oxford University Press, 2009.
- HANNINGAN, et alt.**, *Hannigan and Prentice: The Companies Act 2006. A Commentary*, 2ª ed., Lexis Nexis Butterworths, 2009.
- HANSEN, C.**, «The Duty of Care, the Business Judgment Rule, and The American Law Institute Corporate Governance Project», 48 *Bus. Law.* 1355 (1992-1993).
- HARTMAN, R.F.**, «Situation-specific Fiduciary Duties for Corporate Directors: Enforceable Obligations or Toohtless Ideals?», 50 *Wash. & Lee L. Rev.* 1761 (1993).
- HEIN, O./SUCHAN, S./GEEB, C.**, «MoMiG auf der Schnittstelle von Gesellschafts- und Steuerrecht», *DStR* 2008, pp. 2289-2298.
- HENN, H.G./ALEXANDER, J.R.**, *Laws of Corporations*, 3ª ed., West Publishing Co., Minnesota, 1983.

HERNANDO CEBRIÁ, L., *El deber de diligente administración en el marco de los deberes de los administradores sociales. La Regla del –buen– juicio empresarial*, Marcial Pons, Madrid, 2009.

- «El interés social de las sociedades de capital en la encrucijada: Interés de la sociedad e intereses en la sociedad, la responsabilidad social corporativa y la “tercera vía” societaria», *RDBB*, 133/2014, pp. 79-127.

HIRTE, H./VICARI, A., «La responsabilità degli amministratori di società di capitali verso i creditori in caso di omessa o ritardata presentazione della richiesta di fallimento al tribunale, nel diritto tedesco e italiano», *Giur. comm.*, 1996, II, pp. 377-408.

HU, H.T.C./WESTBROOK, J.L., «Abolition of the Corporate Duty to Creditors», 107 *Colum. L. Rev.* 1321 (2007).

IGLESIAS PRADA, J.L., *Administración y delegación de facultades en la sociedad anónima*, Tecnos, Madrid, 1971.

ILLESCAS ORTIZ, R., «La formulación de las cuentas anuales de la sociedad anónima», en IGLESIAS PRADA, J.L. (coord.), *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Aurelio Menéndez*, vol. II, Civitas, Madrid, 1996, pp. 1925-1939.

JACQUET YESTE, T., *La propuesta anticipada de convenio*, La Ley, Madrid, 2012.

- «La propuesta anticipada de convenio en las reformas de la Ley Concursal», En ARIAS VARONA, F.J. (dir.), *Conservación de empresas en crisis. Estudios jurídicos y económicos*, La Ley, Madrid, 2013, pp. 215-241.

JAEGER, P.G., *L'interesse sociale*, Giuffrè, Milano, 1964.

JAKOBS, G., *La imputación objetiva en Derecho penal*, Trad. M. CANCIÓ MELIÁ, Civitas, Madrid, 1996.

JEANTET, L., «L'accordo di ristrutturazione dei debiti e la privatizzazione dell'insolvenza», en *Giur. comm.*, 2007, II, pp. 207-221.

JELISAVCIC, V., «A Safe Harbor Proposal to Define the Limits of Directors' Fiduciary Duty to Creditors in the Vicinity of Insolvency: *Credit Lyonnais v. Pathe*», 18 *J. Corp. L.* 145 (1992-1993).

JHERING, R., «Culpa in contrahendo oder Schadensersatz bei nichtigen oder nicht zur Perfektion gelangten Verträgen», en *Jahrbücher für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrechts*, GERBER, C.F.V./JHERING, R. (hrsg.), Jena, 1861, pp. 1-112.

JUSTE MENCÍA, J., «En torno a la aplicación del régimen de responsabilidad de los

administradores al apoderado general de la sociedad», *RdS*, 14/2000, pp. 441-457.

- *Factor de comercio, gerente de empresa, director general (Estudio jurídico mercantil)*, Publicaciones del Real Colegio de España, Bolonia, 2002.
- «Comentario a la Disposición Final Vigésima de la Ley Concursal», en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (coord.), *Comentarios a la Ley Concursal*, vol. II, Tecnos, Madrid, 2004, pp. 2367-2379.
- «El ámbito subjetivo de la calificación. Los apoderados generales», en ROJO, A./CAMPUZANO, A.B., *La calificación del concurso y la responsabilidad por insolvencia: V Congreso español de Derecho de la insolvencia, Palma de Mallorca, 11 a 13 de abril de 2013, IX Congreso del Instituto Iberoamericano de Derecho concursal*, Navarra, Civitas, 2013, pp. 387-415.
- «Disolución por pérdidas graves durante el cumplimiento del convenio y responsabilidad de administradores sociales», *RDCP*, 21/2014, pp. 17-26.

JUSTE MENCÍA, J./IGARTUA ARREGUI, F., «Deberes de los Administradores (Reforma de la LSA por la Ley de Transparencia)», *RdS*, 24/2005, pp. 75-89.

KEACH, R.J., «Selected Cases on Valuation Methodology and Confirmation of Plans of Reorganization», *ABI Committee News, Volume 3, Number 1, January 2005*, <http://abiworld.net/newsletter/ynmcnews/vol3num1/cases.html>

KEAY, A., «A Theoretical Analysis of the Director's Duty to Consider Creditor Interests: The Progressive School's Approach», 4 *J. Corp. L. Stud.* 307 2004, pp. 307-344.

- «Moving Towards Stakeholderism? Constituency Statutes, Enlightened Shareholder Value and all that: Much Ado about Little?», *SSRN Working Papers*, enero de 2010.

KEAY, A./WALTON, P., *Insolvency Law*, Pearson Educated Limited, Harlow, 2003.

KELSEN, H., *Teoría general del Derecho y del Estado*, trad. E. GARCÍA MÁYNEZ, 5ª reimp., Universidad Autónoma de México, México D.F., 1995.

KIND, T., «§ 17», en BRAUN, E. (hrsg.), *Insolvenzordnung Kommentar*, 2 Auflage, Beck, München, 2004, pp. 125-134.

KNEPPER, W.E., *Liability of Corporate Officers and Directors*, 3ª ed., The Allen Smith Company, Indianapolis, Indiana, 1978.

KNEPPER, W.E./BAILEY, D.A., *Liability of Corporate Officers and Directors*, 3ª ed., The Allen Smith Company, Pocket Supplement, Indianapolis, Indiana, 1985.

KNOF, B., «Die neue Insolvenzverursachungshaftung nach § 64 Satz 3 RegE-GmbHG»,

DStR, 2007, pp. 1580 ss.

KUHNER, C., «Unternehmensinteresse vs. Shareholder Value als Leitmaxime kapitalmarktorientierter Aktiengesellschaften», *ZGR*, 2004, 244-277.

LANDRENAU, K.P., «Piercing the Corporate Veil: Personal Liability of a Corporate Officer for Intentional Interference with Contract: *9 to 5 Fashions Inc. v. Spurney*», 51 La. L. Rev. 141 (1990-1991).

LARENZ, K., *Lehrbuch des Schuldrechts*, Band I, Allgemeiner Teil, 14. Auflage, Beck, München, 1987.

- *Metodología de la Ciencia del Derecho*, 2ª ed. traducida en Ariel, Barcelona, 2001.

LATORRE CHINER, N., *El administrador de hecho en las sociedades de capital*, Ed. Comares, Granada, 2003.

- «Administrador de hecho y apoderado general (Comentario a la STS de 8 de febrero de 2008 [RJ 2008, 2664])», *RdS*, 32/2009, pp. 389-398.
- «El apoderado general en la Ley Concursal», *RDCP*, 19/2013, pp. 65-80.

LE CORRE, P.M., *Droit et pratique des procédures collectives*, Dalloz, Paris, 2009.

LEÓN SANZ, F., «La finalidad y la estructura de la acción rescisoria. Parte I. Evolución histórico comparada», en AAVV, *Estudios de Derecho de sociedades y Derecho concursal. Libro homenaje al Profesor Rafael García Villaverde*, T. III, Marcial Pons, Madrid, 2007, pp.1905-1949.

LIN, L., «Shift of Fiduciary Duty Upon Corporate Insolvency: Proper Scope of Director's Duty to Creditors», 46 Vand. L. Rev.1485 (1993).

LIPSON, J.C., «Director's Duties to Creditors: Power Imbalance and the Financially Distressed Corporation», 50 UCLA Law Review 1189 (2003).

- «The Expressive Functions of Directors' Duties to Creditors», *Stanford Journal of Law, Business & Finance* 224 (Spring 2007)

LLEBOT MAJÓ, J.O., *Los deberes de los administradores de la sociedad anónima*, Civitas, Madrid, 1996.

- «El sistema de la responsabilidad de los administradores. Doctrina y Jurisprudencia», *RdS*, 7/1996, pp. 49-70.
- «La responsabilidad de los administradores concursales», *RGD*, 657/1999, pp. 7599-7566.
- «Los deberes y la responsabilidad de los administradores», en ROJO,

- A./BELTRÁN, E. (dir.), *La responsabilidad de los administradores de las sociedades mercantiles*, 4ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2011, pp. 27-58.
- LOOSE, P./GRIFFITHS, M./IMPEY, D., *The Company Director*, 9ª ed., Jordan Publishing Limited, Surrey, 2007.
- LOPUCKI, L.M., «A General Theory of the Dynamics of the State Remedies/Bankruptcy System», 1982 Wis. L. Rev. 311 (1982).
- LOWRY, J., «United Kingdom», en ANDERSON, H., *Directors' Personal Liability for Corporate Fault. A Comparative Analysis*, Kluwer Law International, United Kingdom, 2008, pp. 279-299.
- LUTTER, M., «Gefahren persönlicher Haftung für Gesellschafter und Geschäftsführer einer GmbH», *DB*, 1994, pp. 129-135.
- «Haftungsrisiken des Geschäftsführers einer GmbH», *GmbHHR*, 8/1997, pp. 329-335.
- LUTTER, M./HOMMELHOFF, P./TIMM, W., «Finanzierungsmaßnahmen zur Krisenabwehr in der Aktiengesellschaft», *BB*, 15/1980, pp. 737-750.
- MACEY, J.R., «An Economic Analysis of the Various Rationales for Making Shareholders the Exclusive Beneficiaries of Corporate Fiduciary Duties», 21 Stetson L. Rev. 23 (1991-1992).
- MACHADO PLAZAS, J., *Pérdida del capital social y responsabilidad de los administradores por las deudas sociales*, Civitas, Madrid, 1997.
- «Comentario a la Disposición Final Vigésima», en FERNÁNDEZ-BALLESTEROS (coord.), *Proceso Concursal Práctico (Comentarios a la nueva Ley Concursal)*, Irgium, Madrid, 2004, pp. 1019-1030.
 - *El concurso de acreedores culpable. Calificación y responsabilidad concursal*, Thomson-Civitas, Madrid, 2006.
- MAMBRILLA RIVERA, V., «Comentario al artículo 172», en SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE/GUILARTE GUTIÉRREZ (dir.), *Comentarios a la Legislación Concursal*, T. III, Lex Nova, Valladolid, 2004, pp. 2833-2864.
- «Deber de fidelidad (y de lealtad)» (voz), en ALONSO LEDESMA, C. (dir.), *Diccionario de Derecho de Sociedades*, Iustel, Madrid, 2006, pp. 425-432.
- MANENTE, D., «Non omologabilità degli accordi ex art. 182-bis legge fallim. e procedimento per dichiarazione di fallimento del debitore», *Dir. Fall.*, 2008, II, pp. 297-316.

MARCOS FERNÁNDEZ, F./SÁNCHEZ GRAELLS, A., «Necesidad y sentido de los consejeros independientes. Dificultades para el trasplante al derecho de las sociedades cotizadas», *RDM*, 268/2008, pp. 499-568.

MARÍN DE LA BÁRCENA GARCIMARTÍN, F., «Acciones de responsabilidad de administradores de sociedades de capital en el derecho inglés y norteamericano», *RdS*, 16/2001, pp. 215-249.

- «Deberes y responsabilidad de los administradores ante la insolvencia de las sociedades de capital», *RdS*, 24/2005, pp. 91-120.
- *La acción individual de responsabilidad frente a los administradores de sociedades de capital (art. 135 LSA)*, Marcial Pons, Madrid, 2005.
- «El concepto de interés social como fin de la actividad gestora en la proximidad a la insolvencia», en AAVV, *Gobierno Corporativo y Crisis Empresariales (II Seminario Harvard-Complutense de Derecho Mercantil)*, Marcial Pons, Madrid, 2006, pp. 255-275.
- «Intereses de los socios e interés del concurso durante la tramitación del proceso concursal», en SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, J. (coord.), *Convergencias y paralelismos en el Derecho de sociedades y en el Derecho concursal en el marco Estados Unidos-Unión Europea (III Seminario Harvard-Complutense de Derecho de los negocios)*, Marcial Pons, Madrid, 2006, pp. 255-275.
- «Responsabilidad de los administradores de sociedades de capital por no promoción de la disolución o el concurso (sobre la retroactividad de la reforma de los arts. 262.5 LSA; 105.5 LSRL) (STS 1ª 9 de enero de 2006)», *Derecho de sociedades I: Comentarios a la jurisprudencia*, RODRÍGUEZ ARTIGAS, F. (dir.), vol. II, Aranzadi-Thomson Reuters, Navarra, 2010, pp. 2131-2159.
- «Subordinación de créditos de socios y concurso de sociedades de capital», *RDCP*, 12/2010, pp. 93-115.
- «Responsabilidad concursal», *ADCo*, 28/2013, pp. 103-157.
- «Deberes de promoción de la disolución y el convenio concursal. (Comentario de la STS [1ª] de 15 de octubre de 2013)», *RDM*, 292/2014, pp. 619-628.

MARINA GARCÍA-TUÑÓN, A., «Información financiera y preconcursalidad», *RDCP*, 15/2013, pp. 67-91.

MARSCH-BARNER, R. /DIEKMANN, H., «§ 45. Die Organpflichten des Geschäftsführers», en PRIESTER, H.J./MAYER, D., *Münchener Handbuch des*

Gesellschaftsrecht, Band 3: Gesellschaft mit beschränkter Haftung, Beck, München, 1996, pp. 640-658.

- «§ 46. Die Haftung des Geschäftsführers», en PRIESTER, H.J./MAYER, D., *Münchener Handbuch des Gesellschaftsrecht*, Band 3: Gesellschaft mit beschränkter Haftung, Beck, München, 1996, pp. 659-677.

MARTENS, K.P., «Die Anzeigepflicht des Verlustes des Garantiekapitals nach dem AktG und dem GmbHG», *ZGR*, 3/1972, pp. 254-288.

MARTIN, E.A. (Editor), *A Dictionary of Law*, Oxford University Press, 2003.

MARTÍNEZ FLÓREZ, A., Comentario al artículo 43, en ROJO, A./BELTRÁN, E. (dir.), *Comentario de la Ley Concursal*, T. I, Civitas, Madrid, 2004, pp. 887-902.

MARTÍNEZ MARTÍNEZ, M., *El derecho de información del accionista en la sociedad anónima*, McGraw Hill, Madrid, 1999.

- «Consideraciones sobre el derecho de información del administrador –y en particular, del consejo», *RdS*, 12/1999, pp. 175-193.

MARTÍNEZ SANZ, F., «Algunas notas sobre el régimen de administración de sociedades en Derecho norteamericano», *RDM*, 209/1993, pp. 1039-1069.

- «Los administradores responsables», en ROJO, A./BELTRÁN, E. (dir.), *La responsabilidad de los administradores de las sociedades mercantiles*, 5ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, pp. 55-87.

MARTÍNEZ SANZ, F./NAVARRO MÁÑEZ, M., «Comentario al artículo 141», en ARROYO, I./EMBED, J.M./GÓRRIZ, C. (coord.), *Comentarios a la Ley de Sociedades Anónimas*, vol. II, 2ª ed., Tecnos, Madrid, 2009, pp. 1623-1652.

MCDANIEL, M.W., «Bondholders and Coporate Governance», 41 *Bus. Law*. 413 (1985-1986).

- «Bondholders and Stockholders», 13 *J. Corp. L.* 205 (1987-1988).

MCDONNELL, S.R., «Geyer v. Ingersoll Publications Co.: Insolvency Shifts Directors' Burden from Shareholders to Creditors», 19 *Del. J. Corp. L.* 177 (1994).

MEDICUS, D., «Zur Eigenhaftung des GmbH-Geschäftsführers aus Verschulden bei Vertragsverhandlungen», BAUR, J.F./HOPT, K.J./MAILÄNDER, K.P., (Hrsg.), *Festschrift für Ernst Steindorff*, Walter de Gruyter, Berlin-New York, 1990, pp. 725-742.

- «Die Aussenhaftung des GmbH-Geschäftsführers», *GmbHHR*, 1993, pp. 533-540.

MEGÍAS LÓPEZ, J., *El consejero independiente. Estatuto y funciones*, La Ley, Madrid, 2012.

- «Abuso de mayoría y de minoría en las sociedades de capital cerradas», *RDBB*, 132/2013, pp. 7-50.
- MENÉNDEZ MENÉNDEZ, A.**, «Auxiliares del empresario», *RDM*, 72/1959, pp. 269-305.
- MERTENS, H.J./CAHN, A.**, *Kölner Kommentar zum Aktiengesetz*, §§ 76-94 AktG, Band 2/1, 3. Auflage, Heymanns, Köln, 2010.
- MILMAN, D.**, «The Boundaries of a Director's Duties», *The Company Lawyer*, vol. 7, 1986, n° 1, pp. 493-514.
- MIOLA, M.**, «Tutela de los acreedores en las sociedades de capital y técnicas alternativas. El debate entre la tradición europea continental y el punto de vista anglosajón», en ALONSO LEDESMA, C./ALONSO UREBA, A./ESTEBAN VELASCO, G. (dirs.), *La modernización del Derecho de sociedades de capital en España. Cuestiones pendientes de reforma*, T. II, Aranzadi, Pamplona, 2011, pp. 19-66.
- MORA BENAVENTE, M.J.**, «Concurso voluntario y concurso necesario», en FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, L./SÁNCHEZ ÁLVAREZ, M.M^a (coord.), *Comentarios a la Ley Concursal*, Marcial Pons, Madrid, 2004, pp. 91-119.
- MORALES MORENO, A. M.**, «Comentario al artículo 1269», en PAZ-ARES, C./DÍEZ-PICAZO, L./BERCOVITZ, R./SALVADOR CODERCH, P., (dirs.), *Comentario del Código Civil*, T. II, Ministerio de Justicia, 1991, pp. 468-470.
- «Comentario al artículo 1270», en PAZ-ARES, C./DÍEZ-PICAZO, L./BERCOVITZ, R./SALVADOR CODERCH, P., (dirs.), *Comentario del Código Civil*, T. II, Ministerio de Justicia, 1991, pp. 470-473.
- MORENO SERRANO, E.**, «Solicitud de concurso y refinanciación de deuda en sociedades de capital: órgano legitimado», *RDGP*, 18/2013, pp. 201-219.
- MORILLAS JARILLO, M.J.**, *El concurso de las sociedades*, Iustel, Madrid, 2004.
- «Comentario al artículo 5,» en ROJO, A./BELTRÁN, E. (dirs.), *Comentario de la Ley Concursal*, T. I, Civitas, Madrid, 2004, pp. 229-241.
 - «El problema de la determinación del interés social en las sociedades anónimas, a la luz del derecho español», en AAVV, *La dialettica degli interessi nella disciplina delle società per azioni*, Quaderni del Dipartimento di Diritto ed Economia, Facoltà di Economia - SUN, Jovene editore, Napoli, 2011, pp. 91-146.
- MORRIS, C.R.**, «Directors' Duties in Nearly Insolvent Corporations: a Comment on Credit Lyonnais», 19 J. Corp. L. 61 (1993-1994).

MOYA BALLESTER, J., *La responsabilidad de los administradores de sociedades en situaciones de crisis*, La Ley, Madrid, 2010.

MÜLBERT, P.O., «Shareholder Value aus rechtlicher Sicht», *ZGR*, 1997, pp. 129-177.

MÜLLER, W., «Der Verlust der Hälfte des Grund- oder Stammkapitals –Überlegungen zu den §§ 92 Abs. 1 AktG und 49 Abs. 3 GmbHG-», *ZGR*, 2/1985, pp. 191-213.

MUÑOZ GARCÍA, A., Capítulo XVI, en FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, L., *Derecho de sociedades*, vol. II, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, pp. 1765-1838.

MUÑOZ PAREDES, J.M., *La información de los consejeros en la sociedad anónima*, Aranzadi, Pamplona, 1999.

MUÑOZ PLANAS, J.M./MUÑOZ PAREDES, J.M., «Repercusiones del concurso de la sociedad sobre la responsabilidad de los administradores», *RDM* 250/2003, pp. 1341-1383.

NAVARRO LÉRIDA, M.S., «El problema de la competencia para decidir sobre la solicitud del concurso en las sociedades de capital. La necesidad del acuerdo de la Junta General», *AAVV, Gobierno Corporativo y Crisis Empresariales (II Seminario Harvard-Complutense de Derecho Mercantil)*, Marcial Pons, Madrid, 2006, pp. 177-197.

NICHOLSON, B., «Recent Delaware Case Law Regarding Directors' Duties to Bondholders», 19 Del. J. Corp. L. 573 (1994).

NICOLLINI, G., «Gestione dell'impresa nella società in liquidazione: prime riflessioni sulla riforma», *Riv. Soc.*, 48/2003, pp. 895-907.

NIETO DELGADO, C., «La calificación del concurso», en MARTÍNEZ SANZ, F. (dir.)/PUETZ, A. (coord.), *Tratado práctico de Derecho concursal y su reforma*, Tecnos, Madrid, 2012, pp. 894-931.

NOBILI, R./SPOLIDORO, M.S., «La riduzione di capitale sociale», en COLOMBO, G.E./PORTALE, G.B. (dir.), *Trattato delle società per azioni*, T. 6, UTET, Torino, 1994, pp. 197-459.

OESTERLE, D.A., «Corporate Directors' Personal Liability for "Insolvent Trading" in Australia, "Reckless Trading" in New Zealand and "Wrongful Trading" in England: A Recipe for Timid Directors, Hamstrung Controlling Shareholders and Skittish Lenders», en RAMSAY, I.M. (ed.), *Company Directors' Liability for Insolvent Trading*, CCH Australia Limited and Centre for Corporate Law and Securities Regulation Faculty of Law, University of Melbourne, 2000, pp. 19-42.

OLMEDO PERALTA, E., «La difícil naturaleza jurídica de la formulación de cuentas

anuales: no acuerdo-no impugnabilidad», *RdS*, 41/2013, pp. 109-142.

- *La responsabilidad contable en el gobierno corporativo de las sociedades de capital*, Marcial Pons, Madrid, 2014.

PALÁ LAGUNA, E./PALÁ LAGUNA, R., «Impugnabilidad del acuerdo del Consejo de Administración de una sociedad anónima, de formulación de las cuentas anuales», *RdS*, 9/1997, pp. 297-311.

PALAO UCEDA, J., *La insolvencia inminente y el sistema concursal preventivo*, Barcelona, Bosch, 2013.

PANTALEÓN PRIETO, F., «Cometario a la Sentencia de 19 de junio de 1984», *CCJC*, 6/1984, pp. 1869-1884.

- «Causalidad e imputación objetiva: criterios de imputación», *Centenario del Código Civil (1889-1989)*, T. II, ed. Centro de estudios Ramón Areces, Madrid, 1990, pp. 1561-1591.
- «El sistema de responsabilidad contractual (Materiales para un debate)», *ADC*, 1991, pp. 1019-1092.
- «De las obligaciones que nacen de la culpa o negligencia. Comentario al artículo 1902», en PAZ-ARES, C./DÍEZ-PICAZO, L./BERCOVITZ, R./SALVADOR CODERCH, P. (dir.), *Comentario del Código Civil*, T. II, Secretaría General Técnica, Centro de Publicaciones, Madrid, 1991, pp. 1971-2003.
- «Responsabilidad extracontractual» (voz), en MONTROYA MELGAR, A. (dir.), *Enciclopedia Jurídica Básica*, T. IV, Civitas, Madrid, 1995, pp. 5942-5948.
- «Responsabilidad por hecho ajeno» (voz), MONTROYA MELGAR, A. (dir.), *Enciclopedia Jurídica Básica*, T. IV, Civitas, Madrid, 1995, pp. 5955-5958.

PANZANI, L., «Interpretazioni dinamiche e nuove letture del diritto fallimentare: gli amministratori ed i soci», *Fallimento*, 9/2004, pp. 971-980.

- «Responsabilità degli amministratori: rapporto di causalità fra atti di *mala gestio* e danno. Lo stato della giurisprudenza», *Giustizia civile*, 2/1989, II, pp. 86-97.

PAREDES SERRANO, C., «Pérdidas, acuerdo social de disolución, disolución judicial y responsabilidad de los administradores (STS (Sala 1ª) de 30 de junio de 1997)», en *Derecho de sociedades I: Comentarios a la jurisprudencia*, RODRÍGUEZ ARTIGAS, F. (dir.), vol. II, Aranzadi-Thomson Reuters, Navarra, 2010, pp. 2007-2022.

PARNES, J.A., «Creditors' Derivative Suit on Behalf of Solvent Corporations», 88 Yale L.J. 1299 (1978-1979).

PASQUARIELLO, C., «Art. 2485 (Obblighi degli amministratori)», en MAFFEI ALBERTI (dir.), *Il nuovo diritto delle società*, vol. III, Cedam, Padova, 2005, pp. 2171-2179.

PATTI, A., «Il danno e la sua quantificazione nell'azione di responsabilità contro gli amministratori», *Giur. comm.*, 1997, I, pp. 81-97.

PAZ-ARES RODRÍGUEZ, C., «Sobre la infracapitalización de las sociedades», *ADC*, 1983, pp. 1587-1639.

- «La infracapitalización. Una aproximación contractual», en RODRIGUEZ ARTIGAS, F. *et alt.* (coord.), *Derecho de sociedades de responsabilidad limitada*, T. I, McGraw-Hill, Madrid, 1996, pp. 65-86.
- «La responsabilidad de los administradores como instrumento de gobierno corporativo», *RdS*, 20/2003, pp. 67-109.

PEINADO GRACIA, J.I., «Gobierno corporativo, elaboración y responsabilidad de la contabilidad social», *RdS*, 42/2014, pp. 21-52.

PELLEGRINO, G., «La riforma della legge fallimentare», *Dir. Fall.*, 2006, I, pp. 335-358.

PENNINGTON, R.R., *Company Law*, 5ª ed., Butterworths, London, 1985.

- *Directors' Personal Liability*, BSP Professional Books, 1989.

PERDICES HUETOS, A., «Significado actual de los “administradores de hecho”: los que administran de hecho y los que de hecho administran. A propósito de la STS de 24 de septiembre 2001 (RJ 2001, 7489)», *RdS*, 18/2002, pp. 277-287.

PÉREZ CARRILLO, E.F., «El deber de diligencia de los administradores de sociedades», *RdS*, 14/2000, pp. 275-323.

PÉREZ MILLÁN, D., «Causa de disolución por pérdidas y presupuesto objetivo de la declaración de concurso de sociedades de capital», en AAVV, *Gobierno Corporativo y Crisis Empresariales (II Seminario Harvard-Complutense de Derecho Mercantil)*, Marcial Pons, Madrid, 2006, pp. 199-209.

- «La subordinación de créditos y los pactos de socios», *RDCP*, 18/2013, pp. 143-165.

PÉROCHON, F./BONHOMME, R., *Entreprises en difficulté. Instruments de crédit et de paiement*, 8ª ed., Lextenso, Paris, 2009.

POLO, E., «Comentario al artículo 141», en URÍA, R./MENÉNDEZ, A./OLIVENCIA, M., *Comentario al régimen legal de las sociedades mercantiles*, T. VI, Civitas, Madrid, 1992, pp. 454-491.

PORTALE, G.B., «Capitale sociale e società per azioni sottocapitalizzata», en COLOMBO,

G.E./PORTALE, G.B. (dir.), *Tratatto delle società per azioni*, vol. 1, UTET, Torino, 2004, pp. 3-166.

PRENTICE, D.D., «Creditor's Interests and Director's Duties», 10 Oxford J. Legal Stud. 265 1990, pp. 265-277.

PROTO, C., «Le azioni di responsabilità contro gli amministratori nella società a responsabilità limitata», *Fallimento*, 11/2003, pp. 1133-1144.

PULGAR EZQUERRA, J., «El presupuesto objetivo de apertura del concurso de acreedores», en GARCÍA VILLAYERDE, R./ALONSO UREBA, A./PULGAR EZQUERRA, J. (dirs.), *Derecho Concursal. Estudio Sistemático de la Ley 22/2003 y de la Ley 8/2003 para la Reforma Concursal*, Dilex, Madrid, 2003, pp. 55-135.

- «Comentario al artículo 2», en PULGAR EZQUERRA, J./ALONSO LEDESMA, C./ALONSO UREBA, A./ALCOVER GARAU, G. (dirs.), *Comentarios a la legislación concursal (Ley 22/2003 y 8/2003 para la Reforma Concursal)*, T. I, Dykinson, Madrid, 2004, pp. 86-170.
- «Comentario al artículo 5», en PULGAR EZQUERRA, J./ALONSO LEDESMA, C./ALONSO UREBA, A./ALCOVER GARAU, G. (dirs.), *Comentarios a la legislación concursal (Ley 22/2003 y 8/2003 para la Reforma Concursal)*, T. I, Dykinson, Madrid, 2004, pp. 212-233.
- *La declaración del concurso de acreedores*, La Ley, Madrid, 2005.
- «A propósito del órgano legitimado en las Sociedades de capital para decidir sobre la solicitud de concurso de acreedores», *RdS*, 24/2005, pp. 257-270.
- «La “inexistencia” o “insuficiencia” de masa activa en sede de declaración del concurso de acreedores», en AAVV, *Estudios de Derecho de sociedades y Derecho concursal. Libro homenaje al Profesor Rafael García Villaverde*, T. III, Marcial Pons, Madrid, 2007, pp. 2007-2049.
- «La responsabilidad concursal de los administradores sociales», en GUERRA MARTÍN, G. (coord.), *La responsabilidad de los administradores de sociedades de capital*, La Ley, Madrid, 2011, pp. 333-390.
- «Preconcursalidad y acuerdos de refinanciación», en PULGAR EZQUERRA, J. (dir.), *El concurso de acreedores. Adaptado a la Ley 38/2011, de 10 de octubre, de reforma de la Ley Concursal*, La Ley, Madrid, 2012, pp. 35-110.
- *Preconcursalidad y acuerdos de refinanciación: Adaptado a la Ley 38-2011, de 10 de octubre, de reforma de la Ley Concursal*, La Ley, Madrid, 2012.

- «El presupuesto objetivo del concurso de acreedores», en PULGAR EZQUERRA, J. (dir.), *El concurso de acreedores. Adaptado a la Ley 38/2011, de 10 de octubre, de reforma de la Ley Concursal*, La Ley, Madrid, 2012, pp. 147-192.
- «Ley 17/2014 de medidas urgentes en materia de refinanciación y reestructuración de deuda empresarial y Real Decreto-Ley 11/2014 de reformas urgentes en materia concursal: nuevos paradigmas», *Diario La Ley*, 8391/2014, pp. 1-36 (formato electrónico).

PUYOL MARTÍNEZ-FERRANDO, B., «La responsabilidad concursal de los administradores», AAVV, *Gobierno Corporativo y Crisis Empresariales (II Seminario Harvard-Complutense de Derecho Mercantil)*, Marcial Pons, Madrid, 2006, pp. 277-286.

QUIJANO GONZÁLEZ, J., *La responsabilidad civil de los administradores de la sociedad anónima*, 1ª reimpresión, Universidad de Valladolid, 1985.

- «Responsabilidad de los consejeros», en ESTEBAN VELASCO, G. (coord.), *El gobierno de las sociedades cotizadas*, Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 1999, pp. 537-594.
- «La responsabilidad de los administradores por la no disolución de la sociedad y las causas de exoneración», *RdS*, 19/2002, pp. 73-87.
- «Deber de diligencia» (voz), en ALONSO LEDESMA, C. (dir.), *Diccionario de Derecho de Sociedades*, Iustel, Madrid, 2006, pp. 421-425.
- «Responsabilidad societaria y concursal de administradores: de nuevo sobre la coordinación y el marco de relaciones», *RDCP*, 10/ 2009, pp. 19-48.
- «Comentario al artículo 236», en ROJO, A./BELTRÁN, E. (dirs.), *Comentario de la Ley de Sociedades de Capital*, T. II, Civitas, Navarra, 2011, pp. 1691-1700.
- «Comentario al artículo 237», en ROJO, A./BELTRÁN, E. (dirs.), *Comentario de la Ley de Sociedades de Capital*, T. II, Civitas, Navarra, 2011, pp. 1700-1707.
- «La responsabilidad concursal tras la Ley 38/2011 de reforma de la Ley Concursal», *RDCP*, 18/2013, pp. 51-66.

RAGUSA MAGGIORE, G., *Instituzioni di Diritto fallimentare*, CEDAM, Padova, 1994.

RAMSAY, I.M., «An Overview of the Insolvent Trading Debate», en RAMSAY, I.M. (ed.), *Company Directors' Liability for Insolvent Trading*, CCH Australia Limited and Centre for Corporate Law and Securities Regulation Faculty of Law, University of Melbourne, 2000, pp. 1-15.

RAO, R.K.S./SOKOLOW, D.S./WHITE, D., «Fiduciary Duty *a la* Lyonnais: an Economic

Perspective on Corporate Governance in a Financially-distressed Firm», 22 J. Corp. L. 53 (1996-1997).

RECALDE CASTELLS, A., «La reforma de las sociedades cotizadas», *RdS*, 13/1999, pp. 172-189.

RECAMÁN GRAÑA, E. «Los deberes de los administradores sociales en situación de crisis empresarial en el marco norteamericano», *RDGP*, 17/2012, pp. 311-330.

REDEGUIERI BARONI, A., «Questioni in tema di responsabilità degli organi sociali: quantificazione dei danni, omessa vigilanza dei sindaci e copertura assicurativa», *Le Società*, 10/2003, pp. 1385 ss.

RIBAS, V., «Comentario al artículo 225», en ROJO, A./BELTRÁN, E. (dirs.), *Comentario de la Ley de Sociedades de Capital*, T. I, Civitas, Navarra, 2011, pp. 1608-1609.

- «Comentario al artículo 226», en ROJO, A./BELTRÁN, E. (dirs.), *Comentario de la Ley de Sociedades de Capital*, T. I, Civitas, Navarra, 2011, pp. 1620-1626.
- «Deberes de los administradores en la Ley de Sociedades de Capital», *RdS*, 38/2012, pp. 73-153.

RIBSTEIN, L.E./ALCES, K. A., «Directors' Duties in Failing Firms», <http://ssrn.com/abstract=800074>

RILEY, C.A., «Directors' Duties and the Interests of Creditors», *The Company Lawyer*, vol. 10, n° 5, mayo, 1989, pp. 87-93.

RINGLEB, H.M., «Leitung des Unternehmens (Kodex 4.1.1.)», en RINGLEB, H.M./KREMER, T./LUTTER, M./V. WERDER, A., *Kommentar zum Deutschen Corporate Governance Kodex*, C.H. Beck, München, 2003, pp. 133-135.

ROBERTS, M., «The Conundrum of Directors' Duties to Creditors», 23 Mem. St. U. L. Rev. 273, 1992-1993.

ROBLOT, R., *Traité élémentaire de Droit Commercial*, T. II, 9ª ed., L.G.D.J., Paris, 1981.

RODORF, R., «Perdita del capitale e responsabilità per nuove operazioni», *Le Società*, 11/1992, pp. 1486-1493.

- «Il risarcimento del danno nell'azione di responsabilità contro gli amministratori», *Le Società*, 5/1993, pp. 617-624.
- Cassazione civile, Sez. I, 21 maggio 1999, n. 4943, *Le Società*, 11/1999, pp. 1330-1341.

RODRÍGUEZ ARTIGAS, F., *Consejeros delegados, comisiones ejecutivas y consejos de*

administración, Madrid, Montecorvo, 1971.

- «Notas sobre el régimen jurídico del director general de la S.A.», En AAVV, *Estudios jurídicos en homenaje a Joaquín Garrigues*, T. III, Tecnos, Madrid, 1971, pp. 115-139.
- «La delegación de facultades del consejo de administración de la sociedad anónima», *RdS*, 1/1993, pp. 91-114.
- «El deber de diligencia», en ESTEBAN VELASCO, G., (coord.), *El gobierno de las sociedades cotizadas*, Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 1999, pp. 419-445.
- «Comentario a las Disposiciones Finales Vigésima y Vigésima Primera», en PULGAR EZQUERRA, J./ALONSO LEDESMA, C./ALONSO UREBA, A./ALCOVER GARAU, G. (dirs.), *Comentarios a la legislación concursal (Ley 22/2003 y 8/2003 para la Reforma Concursal)*, T. II, Dykinson, Madrid, 2004, pp. 1880-1903.

RODRÍGUEZ RUIZ DE VILLA, D./HUERTA VIESCA, M^a. I., *Responsabilidades de los administradores de sociedades de capital en crisis*, Aranzadi, Pamplona, 2012.

ROE, M.J., «Bankruptcy and Debt: a New Model for Corporate Reorganization», 83 Colum. L. Rev. 527 (1983).

ROJO FERNÁNDEZ-RÍO, A., «Los deberes legales de los administradores en orden a la disolución de la sociedad de capital como consecuencia de pérdidas», en AAVV, *Derecho de Sociedades. Libro Homenaje Fernando Sánchez Calero*, vol. II, McGraw Hill, Madrid, 2002, pp. 1437-1484.

- «Comentario al artículo 2», en ROJO, A./BELTRÁN, E. (dir.), *Comentario de la Ley Concursal*, T. I, Civitas, Madrid, 2004, pp. 164-193.
- «Comentario al artículo 3», ROJO, A./BELTRÁN, E. (dir.), *Comentario de la Ley Concursal*, T. I, Civitas, Madrid, 2004, pp. 194-224.
- «Comentario al artículo 6», en ROJO, A./BELTRÁN, E. (dir.), *Comentario de la Ley Concursal*, T. I, Civitas, Madrid, 2004, pp. 242-275.
- Capítulo 7, en URÍA, R./MENÉNDEZ, A., *Curso de Derecho Mercantil*, T. I, 2^a ed., Thomson-Civitas, Navarra, 2006, pp. 167-182.
- Capítulo 91, en URÍA, R./MENÉNDEZ, A., *Curso de Derecho Mercantil*, T. II, 2^a ed., Thomson-Civitas, Navarra, 2006, pp. 895-910.

RONCERO SÁNCHEZ, A., «Comentario al artículo 3», en PULGAR EZQUERRA, J./ALONSO LEDESMA, C./ALONSO UREBA, A./ALCOVER GARAU, G. (dirs.), *Comentarios a la legislación concursal (Ley 22/2003 y 8/2003 para la Reforma Concursal)*, T. I,

Dykinson, Madrid, 2004, pp. 171-189.

- «Naturaleza y caracteres de la responsabilidad concursal de los administradores de sociedades de capital. (A propósito de la Sentencia de la Sección 15.^a de la Audiencia Provincial de Barcelona de 19 de marzo de 2007)», *RDPC*, 7/2007, pp. 143-165.

RONDINONE, N., «La responsabilità per l'incauta gestione dell'impresa in crisi tra vecchio e nuovo diritto societario», *Fallimento*, 1/2005, pp. 50-60.

ROSSI, A., «Art. 2486 (Poteri degli amministratori)», en **MAFFEI ALBERTI** (dir.), *Il nuovo diritto delle società*, vol. III, Cedam, Padova, 2005, pp. 2180-2191.

ROXIN, C., *Derecho Penal. Parte General*, T. I, traducción por **LUZÓN PEÑA, D.M./DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, M./DE VICENTE REMESAL, J.**, Civitas, Madrid, 2007.

- «Injerencia e imputación objetiva», *Revista Penal*, 19/2007, pp. 152-161.

SACRISTÁN BERGIA, F., «La naturaleza de la responsabilidad de los administradores por no promoción de la disolución (SAP Zaragoza 8 julio 1995)», *RdS*, 6/1996, pp. 268-275.

SAINT-ALARY-HOUIN, C., *Droit des entreprises en difficulté*, 4^a ed., Montchrestien, Paris, 2001.

- «La naturaleza de la responsabilidad de los administradores de sociedades sometidos a un procedimiento colectivo», *RDCP*, 9/2008, pp. 345-352.

SALANITRO, N., «Società di capitali e registro delle imprese», *Giur. comm.*, 2003, I, pp. 678-689.

SALELLES CLIMENT, J.R., *El funcionamiento del consejo de administración*, Civitas, Madrid, 1995.

- «Comentario al artículo 249», en **ROJO, A./BELTRÁN, E.** (dirs.), *Comentario de la Ley de Sociedades de Capital*, T. I, Civitas, Navarra, 2011, pp. 1794-1805.

SÁNCHEZ CALERO, F., «Líneas generales del régimen del comité de auditoría», *RDBB* 89/2003, pp. 191-218.

- *Los administradores en las sociedades de capital*, 2^a ed., Thomson-Civitas, Madrid, 2007.

SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, J., «El interés social y los varios intereses presentes en la sociedad anónima cotizada», *RDM*, 246/2002, pp. 1653-1725.

- «Comentario al artículo 2», en **SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, J./GUILARTE GUTIÉRREZ, V.** (dir.), *Comentarios a la Legislación Concursal*, T. I, Lex Nova, Valladolid, 2004, pp. 95-137.

- «Comentario al artículo 3», en SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, J./GUILARTE GUTIÉRREZ, V. (dir.), *Comentarios a la Legislación Concursal*, T. I, Lex Nova, Valladolid, 2004, pp. 139-169.
- «Comentario al artículo 5», en SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, J./GUILARTE GUTIÉRREZ, V. (dir.), *Comentarios a la Legislación Concursal*, T. I, Lex Nova, Valladolid, 2004, pp. 191-216.
- «Creación de valor, interés social y responsabilidad social corporativa», en RODRÍGUEZ ARTIGAS, F. *et alt. (dir.)*, *Derecho de sociedades anónimas cotizadas*, T. II, Thomson-Aranzadi, Madrid, 2006, pp. 851-913.
- «Crisis económica y gobierno corporativo», *RDM*, 287/2013, pp. 63-88.
- «Apuntes sobre las obligaciones “preconcursoales” de los administradores», en GARCÍA DE ENTERRÍA, J. (coord.), *Liber Amicorum Juan Luis Iglesias Prada*, Civitas, Cizur Menor, Navarra, 2013, pp. 969-993.

SANCHO GARGALLO, I., «Calificación del concurso», en QUINTANA CARLO, I./BONET NAVARRO, A./ GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ, J.A. (dirs.), *Las claves de la Ley Concursal*, Thomson-Aranzadi, Navarra, 2005, pp. 545-580.

SANDMANN, B., *Die Haftung von Arbeitnehmern, Geschäftsführern und leitenden Angestellten*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2001.

SANZ PARAÍSO, L.F., «Las comisiones de auditoría y cumplimiento», en ESTEBAN VELASCO, G. (coord.), *El gobierno de las sociedades cotizadas*, Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 1999, pp. 373-417.

SATTA, S., *Diritto fallimentare*, CEDAM, Padova, 1974.

SCARLINO, D., *Crisi della SPA e doveri degli amministratori*, Università degli Studi di Brescia, Facoltà di Giurisprudenza, 2009.

SCHMIDT, K., «Insolvenzordnung und Gesellschaftsrecht», *ZGR*, 4/1998, pp. 633-671.

- *Gesellschaftsrecht*, 4. Auflage, Heymanns, Köln-Berlin-Bonn-München, 2002.
- «§ 49. Einberufung der Versammlung», en AAVV, *Scholz Kommentar zum GmbH-Gesetz*, Band 2, 9. Auflage, Otto Schmidt, Köln, 2002, pp. 2573-2594.
- «Vor § 64», en AAVV, *Scholz Kommentar zum GmbH-Gesetz*, Band 1, 9. Auflage, Otto Schmidt, Köln, 2002, pp. 3471-3545.
- «§ 64», en AAVV, *Scholz Kommentar zum GmbH-Gesetz*, Band 1, 9. Auflage, Otto Schmidt, Köln, 2002, pp. 3545-3612.
- «Derecho de sociedades y derecho concursal en Alemania –problemas de

- organización en sociedades anónimas insolventes-», *RDCP*, 5/2006, pp. 339-347.
- «Reform der Kapitalsicherung und Haftung in der Krise nach dem Regierungsentwurf des MoMiG. Sechs Leitsätze zu § 30 GmbHG-E, § 64 GmbHG-E und § 15 a InsO-E», *GmbHHR*, 20/2007, pp. 1072-1080.
 - «La reforma alemana de la sociedad de responsabilidad limitada: también una reforma del derecho concursal», *RDCP*, 10/2009, pp. 399-407.
 - «Sobreendeudamiento y deberes en relación con la solicitud de apertura de concurso: *wrongful trading* conforme al derecho alemán», *RDCP*, 12/2010, pp. 383-395.
 - «Anhang § 64», en AAVV, *Scholz Kommentar zum GmbH-Gesetz*, Band III, 9. Auflage, Otto Schmidt, Köln, 2010, pp. 4199-4261.
- SCHNEIDER, U.H.**, «§ 43», en AAVV, *Scholz Kommentar zum GmbH-Gesetz*, Band I, 10. Auflage, Otto Schmidt, Köln, 2007, pp. 2215-2373.
- SCHULZE-OSTERLOH, J.**, «Grenzen des Gläubigerschutzes bei fahrlässiger Konkursverschleppung», *AG*, 6/1984, pp. 141-147.
- «§ 64. Insolvenzantragspflicht», BAUMBACH, A./HUECK, A., *GmbH-Gesetz*, 18. Auflage, Beck, München, 2006, pp. 1870-1922.
- SCHWARZ, S.L.**, «Rethinking a Corporation's Obligations to Creditors», 17 *Cardozo L. Rev.* 647 (1995-1996).
- SEALY, L.S.**, «Directors' Duties. An Unnecessary Gloss», 47 *Cambridge L.J.* 175 1988 (Cambridge Law Journal, pp. 175-177).
- SEBRING, O.**, «Report of Committee on Corporate Laws: Changes in the Model Business Corporation Act», 30 *Bus. Law.* 501 (1974-1975).
- SELLER ROCA DE TOGORES, L.**, «La solicitud de declaración de concurso voluntario», en MARTÍNEZ SANZ, F. (dir.)/PUETZ, A. (coord.), *Tratado práctico del Derecho concursal y su reforma*, Tecnos, Madrid, 2012, pp. 57-92.
- SEQUEIRA MARTÍN, A./SACRISTÁN BERGIA, F./MUÑOZ GARCÍA, A.**, «La responsabilidad de los administradores de las sociedades anónimas en situaciones de crisis económica. (La sentencia del Juzgado de lo Mercantil núm. 5 de Madrid de 16 de febrero como pretexto)», *RDCP*, 5/2006, pp. 199-228.
- SERRA RODRÍGUEZ, A.**, «El “interés del concurso” en la Ley 22/2003, de 11 de julio, Concursal», en AAVV, *La dialettica degli interessi nella disciplina delle società per azioni*, Quaderni del Dipartimento di Diritto ed Economia, Facoltà di Economia - SUN,

Jovene editore, Napoli, 2011, pp. 445-476.

SKEEL, D.A. JR., «An Evolutionary Theory of Corporate Law and Corporate Bankruptcy», 51 Vand. L. Rev. 1325 (1998).

SPINDLER, G., «Vorstandspflichten zur Einrichtung eines Frühwarnsystems», en FLEISCHER, H. (Hrsg.), *Handbuch des Vorstandsrecht*, Beck, München, 2006, pp. 703-741.

STAPELFELD, A., «Außenhaftung des Geschäftsführers bei Verletzung der Buchführungspflicht», *GmbHR*, 3/1991, pp. 94-99.

SUÁREZ-LLANOS GÓMEZ, L., «La responsabilidad por deudas de los administradores de sociedad anónima», en IGLESIAS PRADA, J.L. (coord.), *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Aurelio Menéndez*, vol. II, Civitas, Madrid, 1996, pp. 2481-2508.

TEDESCHI, G. U., *Manuale del nuovo diritto fallimentare*, Cedam, Padova, 2006.

TERRANOVA, G., «Stato di crisi, stato d'insolvenza, incapacienza patrimoniale», *Dir. Fall.*, 2006, I, pp. 547-575.

TINA, A., *L'esonero da responsabilità degli amministratori di S.P.A.*, Giuffrè, Milano, 2008.

TIRADO MARTÍ, I., «Reflexiones sobre el concepto de “interés concursal” (Ideas para la construcción de una teoría sobre la finalidad del concurso de acreedores)», *ADC*, III/2009, pp. 1055-1107.

TOMPKINS, A.W., «Directors' Duties to Corporate Creditors: Delaware and the Insolvency Exception», 47 S.M.U. Law Review 165 (1993-1994).

TUNC, A., *Le Droit Américain des Sociétés Anonymes*, Économica, París, 1985.

UHLENBRUCK, W., «Die Bedeutung des neuen Insolvenzrechts für GmbH-Geschäftsführer (I)», *GmbHR*, 7/1999, pp. 313-327.

- «§ 17», en UHLENBRUCK, W. (Hrsg.), *Insolvenzordnung Kommentar*, 12 Auflage, München, 2003, pp. 376-389.

ULMER, P., «Konkursantragspflicht bei Überschuldung der GmbH und Haftungsrisiken bei Konkursverschleppung», *KTS*, 4/1981, pp. 3469-492.

URÍA, R./MENÉNDEZ, A./GARCÍA DE ENTERRÍA, J., «La sociedad anónima: disolución», en URÍA, R./MENÉNDEZ, A., *Curso de Derecho Mercantil*, T. I, 2ª ed., Thomson-Civitas, Navarra, 2006, pp. 1089-1106.

- «La sociedad anónima: liquidación», en URÍA, R./MENÉNDEZ, A., *Curso de Derecho Mercantil*, T. I, 2ª ed., Thomson-Civitas, Navarra, 2006, pp. 1107-1129.

V. WERDER, A., «Zusammenwirken zum Wohle des Unternehmens (Kodex 3.1)», en RINGLEB, H.M./KREMER, T./LUTTER, M./V. WERDER, A., *Kommentar zum Deutschen Corporate Governance Kodex*, C.H. Beck, München, 2003, pp. 82-87.

VAIRA, M., «Artt. 2485 – 2486», en COTTINO, G./BONFANTE, G./GAGNASSO, O./MONTALENTI, P., (dir.), *Il nuovo diritto societario*, vol. 3, Zanichelli, Torino, 2004, pp. 2051-2065.

VALPUESTA GASTAMINZA, E., *Comentarios a la Ley de Sociedades de Capital*, Bosch, Barcelona, 2013.

VARALLO, G.V/FINKELSTEIN, J.A., «Fiduciary Obligations of Directors of the Financially Troubled Company», 48 Bus. Law. 239 (1992-1993).

VÁZQUEZ CUETO, J.C., *Las cuentas y la documentación contable en la sociedad anónima*, en OLIVENCIA, M./FERNÁNDEZ-NOVOA, C./JIMÉNEZ DE PARGA, R., (dirs.), *Tratado de Derecho mercantil*, T. IX, vol. 5, Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 2001.

VELASCO SAN PEDRO, L.A., «La información en el consejo de administración: derechos y deberes del consejo y de los consejeros», en ESTEBAN VELASCO, G., (coord.), *El gobierno de las sociedades cotizadas*, Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 1999, pp. 305-371.

- «El gobierno de las sociedades cotizadas (*corporate governance*) en España: el “Informe Olivencia”», en AAVV, *Derecho de Sociedades. Libro Homenaje Fernando Sánchez Calero*, vol. III, McGraw Hill, Madrid, 2002, pp. 3003-3029.
- «El Comité de Auditoría», en RODRÍGUEZ ARTIGAS, F. *et alt.* (dir.), *Derecho de sociedades anónimas cotizadas*, T. II, Thomson-Aranzadi, Madrid, 2006, pp. 1087-1125.

VERDÚ CAÑETE, M.J., *La responsabilidad civil del administrador de sociedad de capital en el concurso de acreedores*, La Ley, Madrid, 2008.

VICARI, A., «I doveri degli amministratori in caso di insolvenza della società nel diritto statunitense», *Rivista delle Società*, 1999, sept-oct, pp. 1244-1256.

- «I finanziamenti delle banche a fini ristrutturativi», *Giur. comm.*, 2008, I, pp. 478-509.
- «I doveri degli organi sociali e dei revisori in situazioni di crisis di impresa», *Giur. comm.*, 2013, I, pp. 128-145.

VICENT CHULIÁ, F., *Las cuentas anuales de la sociedad anónima*, en URÍA, R./MENÉNDEZ, A./OLIVENCIA, M., *Comentario al régimen legal de las sociedades*

mercantiles, T. VIII, vol. 1º, Civitas, Madrid, 2000.

- «Variaciones mercantiles sobre responsabilidad civil de los administradores y auditores, en vísperas de la unificación concursal», *DN*, 144/2002, pp. 1-23.
- «La responsabilidad de los administradores en el concurso», *RDCP*, 4/2006, pp. 15-64.

VIDAL, D., *Droit de l'entreprise en difficulté*, 3ª ed., Lextenso, Paris, 2010.

VIÑUELAS SANZ, M., «El problema de la naturaleza de la condena a la cobertura del déficit», *ADCo*, 4/2005, pp. 265-291.

WALLMAN, S.M.H., «The Proper Interpretation of Corporate Constituency Statutes and Formulation of Director Duties», 21 *Stetson L. Rev.* 163 (1991-1992).

WIESNER, G., «§ 25. Organpflichten des Vorstands», en **HOFFMAN-BECKING** (Hrsg.), *Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts*, Band 4: Aktiengesellschaft, 2. Auflage, Beck, München, 1999, pp. 250-277.

- «§ 26. Haftung der Vorstandsmitglieder», **HOFFMAN-BECKING, M.** (Hrsg.), *Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts*, Band 4: Aktiengesellschaft, 2. Auflage, Beck, München, 1999, pp. 277-291.

WINCHOP, M.J., «The Economic and Strategic Structure of Insolvent Trading», en **RAMSAY, I.M.** (ed.), *Company Directors' Liability for Insolvent Trading*, CCH Australia Limited and Centre for Corporate Law and Securities Regulation Faculty of Law, University of Melbourne, 2000, pp. 43-70.

YANES YANES, P., «La calificación del concurso», **PULGAR EZQUERRA, J.** (dir.), *El concurso de acreedores. Adaptado a la Ley 38/2011, de 10 de octubre, de reforma de la Ley Concursal*, La Ley, Madrid, 2012, pp. 525-556.

YZQUIERDO TOLSADA, M., «Responsabilidad extracontractual» (voz), en **BELTRÁN, E./GARCÍA-CRUCES, J.A.** (dirs.), *Enciclopedia de Derecho Concursal*, T. II, Aranzadi, Pamplona, 2012, pp. 2659-2706.

ZAGRA, G., «Divieto di nuove operazioni: autonomia dell'azione ex art. 2449 c.c.», *Le Società*, 3/1996, pp. 282-287.

ZANARDO, A., «Il concetto di insolvenza tra diritto fallimentare e normativa bancaria: la segnalazione di crediti in sofferenza alla Centrale dei rischi», *Dir. Fall.*, 2006, II, pp. 255-270.

ZIEGEL, J.S., «Creditors as Corporate Stakeholders. The Quiet Revolution – An Anglo-Canadian Perspective», 43 *U. Toronto L.J.* 511 1993, pp. 511-531.

ZÖLLNER, W., «§ 49», en BAUMBACH/HUECK, *GmbH-Gesetz Kommentar*, Beck, München, 2006, pp. 1503-1509.

ABSTRACT

In Part One of this work this author tries to solve, from a legal perspective, three main questions. In Chapter I it is reviewed *how crisis is defined* in our regulation. For that end, we review Corporate and Insolvency Law and we offer a concept of crisis not only limited to illiquidity or over-indebtedness, but also comprehensive of the preinsolvency state. We connect the *deepening insolvency* Anglo-Saxon concept with the Spanish legal insolvency state.

The study and development of the statute imposed to company directors when the managed company is in financial crisis faces the very indeterminacy of the concept “financial crisis”. This lack of precision has traditionally been one of the biggest pitfalls that academics and practice found in the study of directors’ duties in this context.

The legal concepts usually resorted (qualified losses, imminent insolvency), typical of Corporate and Insolvency Law, have shown a common limitation: the crisis that they define, although not necessarily irreversible, is rather severe. Consequently, these concepts have been criticized for their limitation, precisely, to influence the behavior of managers prior to dissolution or bankruptcy.

In short, although qualified losses and imminent insolvency should be included in the “financial crisis” concept, we consider necessary to develop this concept, in order to be able to elaborate or develop the statute of directors’ duties in financial crisis. We hope that this statute will provide solutions to existing problems, and, in the future, we will be able to create groups of cases in which this statute is applicable.

Assuming that the concept will have some degree of indeterminacy, like many legal concepts, we consider it essential to include the idea of “need for action” (which qualifies directors’ duties as “duties to act”, in another way, “censorship of inactivity”). Therefore, the notion of crisis must contain any financial situation which, if drastic measures are not taken, will lead the company to insolvency.

The underlying idea is not so much the proximity of the crisis, but the negative progression of the corporate financial condition. Therefore, it is important not to use as equivalents the expressions “vicinity of insolvency” and “risk of insolvency”. The first

alludes to a temporal proximity, the second, to the probability of insolvency to occur. We believe that the development of the statute of directors' duties in crisis should be connected to forecasting crisis, not to the proximity of the crisis.

In conclusion, we define the state of crisis as the state that begins with the first financial difficulties and covers the insolvency, and we define state of crisis in a strict way as the period that with the first financial difficulties, encompassing pre-insolvency state, but where the crisis is still objectively reversible. The defining element of the state of crisis is the need for a change in the negative trend of the financial situation of the company, regardless of changes outside the control of the company management. The imminent insolvency is included only if insolvency meets the requirement of being objectively reversible. Imminent insolvency is not included when it refers to a situation where insolvency is irreversible.

In any case, from the perspective of directors' duties in financial crisis, in our opinion, the major problem is not that the lack of definition of the state of crisis prevents directors from their knowledge and, therefore, from the establishment of certain management strategies. The major problem is the one that faces the third party injured by their management decisions, because of the difficulties proving not only the existence of a state of crisis when the damage occurred, but also the knowledge (or negligent ignorance) of the state of crisis by the directors.

There is no doubt that the Law, in different ways, requires management to be aware of the state of crisis. Accordingly, if it can be induced from the Law the existence of the legal requirement imposed to managers of knowing the state of crisis, it must be specified when ignorance is to be considered culpable. First, ignorance is always culpable when the diligent performance of specific duties incumbent on managers would have led to the knowledge of the state of crisis. Second, it must be presumed knowledge when managers perform actions which by their nature necessarily require the existence of a state of crisis or considered specifically intended to remedy that situation. An example of these actions is negotiating a debt restructuring agreement. Therefore, from a judicial point of view, the existence of management decisions aimed at overcoming the crisis may be considered by the judge as a circumstantial evidence of the knowledge of it.

In Chapter II we deal with which is the *best interest of the company when crisis arises*, i.e., which stake must managers take into account when they decide how to perform.

Determined the concurrence of the state of crisis as well as the knowledge of that state by the directors, we need to analyze to what extent this situation influences or modifies standards that should guide the corporate management. We need to determine if the occurrence of this situation changes (and to what extent) the content of the duties incumbent on directors and if, in addition, the state of crisis produces the birth of new duties, especially, in protection of creditors. Ultimately, the controversy could be translated into one idea: if directors have to take into consideration creditors' interest (complementing or displacing shareholders' interest) and if "taking into consideration" is a recommendation or an enforceable duty.

After studying the various positions existing around the best interest of the corporation as guideline of corporate management in crisis, we can state that, in our opinion, *we have a unique interest observed with two different prisms*. The prism of corporate bonanza allows us to view the shareholders interest in the foreground. However, the crisis forces us to watch creditors' interest as a priority. Shareholders' interest remains relevant, but at this time they are in the background. It is definitely not an issue of primacy, but an issue of short or long term. Shareholders' interest requires, in times of crisis (i.e. short term) defending the interest of corporate creditors.

Accordingly, in this context, the management discretion would be limited by the possibility of significant impairment of the capacity of the company to meet its obligations. Therefore, in a crisis situation, the directors should ensure that the corporate assets are not affected. A different matter is the enforcement of this duty. This work proposes to use the protection tools already offered by our system, reinterpreted from the viewpoint of creditors' protection raised here.

So, once we have stated what crisis is and which interests are in stake, we ask ourselves: "how can we expect the managers to act when the company faces crisis, meaning, how they act carefully and comply with their duties *in such circumstances?*". In Chapter III this author addresses if the duty of care suffers any modulation because of the crisis situation. In particular, we study when due diligence requires knowledge of the state of crisis and prognosis or prediction of this state. The diligent knowledge of the state of crisis is necessarily linked to the proper performance of the duty of keeping accounting records, of particular importance in the aforementioned crisis. We also need to address how the requirement of knowledge of the state of crisis requires the organization of information systems and control systems for a suitable monitoring by the Board of the

balance sheet, and, consequently, the peculiarities that arise in the scope of the delegation, with far-reaching influence on the liability regime. We also make a brief reference to the newly regulated business judgment rule.

The state of crisis requires the recognition of the existence of a qualified management diligence standard: “risky situations require special diligence”. That is, crisis affects the valuation of diligence. This influence can only be understood as the requirement of a greater diligence or a greater rigor to managers in situations of crisis. Consequently, this situation has to be taken into account also in the subsequent trial that values the care and skill employed in performing directors’ duties in a financial distressed company.

This does not mean that there is a specific duty of care in financial distressed companies. It means that the duty of care, as it is set by Law, includes a qualified diligence in particularly critical situations. In short, qualified diligence is simply the verbalization of an assumption already contained in the duty.

The need to be informed is an expression of the duty of care that seeks to establish a standard of required knowledge to all Board members, individually considered, information required for the proper performance of their duties, specifically, for a diligent decision-making process. Consequently, this duty requires the establishment of mechanisms or systems for monitoring and controlling the corporate evolution. These control mechanisms are to be suitable for the identification of negative trends, providing warning alarms. The inadequacy of the control systems to identify the occurrence of the crisis is to be considered a breach of the duty to inquire. So long as the ignorance of the crisis is due to dereliction of the duty to keep informed as set out above, ignorance must be considered culpable.

Consequently, if the directors managing financially distressed companies make decisions harmful to the company, shareholders or creditors, managers will not invoke ignorance with exonerative purposes.

From the perspective of the construction of the statute of directors’ duties in financially distressed companies, the duty of orderly keeping accounting records and the duty of knowledge of the financial state are concretions of the duty of care and the duty to inquire.

Compliance with the duty of keeping accounting records imposed to directors infers the existence of a duty to monitor the balance sheet. Moreover, the rules on drafting

accounting documents by directors are a legal indicator of the existence of a general duty to monitor the financial situation of the company, embodied in the existence of a duty of prognosticate the crisis. Directors could be held liable for not complying with this duty.

Although the existence of this duty to monitor the financial situation of the company is easily appreciated in connection with accounting duties, it can be inferred of a multiplicity of statutes, for example, in dissolution duties in the context of qualified losses or even in the duty of requesting the bankruptcy. These duties are a manifestation of an underlying requirement in our legislation: directors must be regularly and properly informed of the financial and accounting situation of the company.

Furthermore, it must always be borne in mind, that it is forbidden the delegation of the formulation of the annual balance sheet, not only because it is legally banned, but as an interpretative measure of the level of supervision or monitoring required to directors regarding financial and accounting information. Any resort to technical assistance will be insufficient, per se, as a liability exemption for damages arising from management decisions therefore the ignorance of the crisis or from third parties relying in that information. Only when directors have complied with due care in the selection and control of those assisting, the company will respond according to general principles.

The executive or non-executive nature of the director should be irrelevant to the knowledge of the state of crisis. The duty of care requires the establishment of structures to ensure a sufficient flow of information, so that lack of knowledge of the financial state for non-executive directors should be considered as a consequence of inadequate monitoring systems.

The assessment of the adequacy of the monitoring system depends on the activity of the company, the nature of the delegated functions as well as the circumstances in which the company is in that particular period. In any case, monitoring systems must have mechanisms that alert of risky trends.

In conclusion, it is considered than the Board has complied carefully with the requirement of establishing an information system, if this system allows timely knowledge of the state of crisis and proper monitoring and control of executive-directors.

As for the Board's delegating responsibility, and despite recent legal reforms, it should

be understood that the Board is not only liable for the correct choice of the members of executive committees, but must also be held liable for the consequences arising from the management of the executives, specifically in the area of corporate crisis, when it has not provided an adequate system of monitoring them.

In short, the imputation of liability for the acts or omissions of the executives in the context of the crisis will be made to the Board, in a unified way, excluding initial individual subjective imputation. Subsequently, from an internal perspective, it will be assessed the behavior of the members as individuals. Modulation of diligence given the nature of the position in the Board or the functions assigned will be assessed later.

The recent provision of the business judgment rule requires assess its application in context of corporate crisis. First, the rule should not apply if it's understood that, in view of the risk assumed, the decision must be considered irrational. The criterion of rationality requires the exclusion of the scope of the rule of decisions which demand the assumption of an unusual or unnecessary level of risk.

Second, when the company is in financial distress, we must apply the same conclusions achieved regarding corporate best interest in crisis. Consequently, decisions taken by directors in the context of corporate crisis should enjoy the business judgment rule protection if they respect the balance of interest that corporate crisis requires.

Once these three questions are answered, it is possible to address the next step and to analyze concrete duties that our legislation imposes to directors when the company faces financial difficulties, what we have named the statute of directors' duties when managing financially troubled companies. In particular, pre-contractual and contractual duties, duties required to directors of over-indebted companies and duties imposed to directors of pre-insolvent and insolvent companies. Alongside defining duties composing this statute, we study how this statute is enforced in our regulation to prevent violations of any of the referred duties, that is to say, the ultimate aim of this thesis: the directors' liability in financial crisis.

In Chapter I of Part Two we study the duties incumbent on managers in the field of pre-contractual negotiations on behalf of the company. In this area, we examine whether the requirements of good faith (concretized in our hypothesis as a duty to report the crisis) that weigh on every subject in a contractual negotiation are required not only to the company, but to the director. Then, we address the directors' liability for injuring third

parties as a result from their involvement in the creation of contracts in which the company is part. Subsequently, we study if the tort of intentional interference with contractual relations applies.

When two people engage contacts led to the conclusion of a contract, each part has a right to expect from the other an honest behavior. Similarly, the part that comes in contact with the organic representative of a corporation is entitled to expect from the representative the same honest behavior that the Law would impose if acting in its own behalf. Accordingly, we should start from the premise that all pre-contractual duties incumbent on the company are imposed on the director.

Therefore, weighs on the director the same pre-contractual duty of disclosure which weighs on the company when negotiating with third parties; duty, which grounded in good faith, requires that parts who initiate negotiations to establish a contractual relationship must provide the other truthful information, or, at least, adequate to the knowledge of the one that provides it. More complex is the hypothesis in the absence of questions, but we are inclined to think that in this field rules the principle which demands that, in the negotiation of a contract, one should inform, at least, of the circumstances which determine the possible breach of the contract.

Of course, these assertions fit in complexly in the director-company relationship, for example, in cases where the company is already in financial distress and the fact that the director report to the counterpart of such a situation may affect the chances of recovery of the company. Still, we are inclined to believe that the counterpart has a legitimate right to know the information that will affect their contract in a relevant way.

It must be inferred the existence of a pre-contractual duty of disclosure in protection of creditors that weighs directly on the directors' duties in corporate crisis. This is a duty of care that arises, first, from the general duty of care in the crisis, as well as from various duties incumbent on the director regarding the management of a distressed company.

This pre-contractual duty is a realization of an objective duty of care against third parties. The culpable damage generated will be included in the scope of damages compensated by direct action. The compensation would be limited to the negative contractual interest, and, only if it is determinable, to the equivalent of the situation in which the other part would find itself if having disposed of all information.

Finally, the seriousness of the crisis affects the foundation of the duty of care. In cases where the gravity of the crisis is identified with qualified losses or insolvency, situations in which the Law enforces duties involving a manifestation of the crisis of the company, this duty of care is based on these duties. The same conclusion applies to cases of imminent insolvency, when the company has already decided to file bankruptcy.

It is only in those cases where the company is in a state assimilated to what we have defined as state of crisis in a strict sense, without having decided to initiate insolvency proceedings, when it is really useful and necessary to base the pre-contractual duty of information in an objective duty of care in protection of creditors.

We advocate the need for further study of the tort protection of credit, to demand directors' liability for damages suffered by creditors arising from selective contractual breaches by distressed companies.

In this scenario, the creditor would have two actions, a contractual one, against the company, and a tort one, against the third party interfering, by direct liability for the damage, which, in the proposed hypothesis, is a corporate director acting in the functions and powers of its office, which decides the selective breach of one or more specified contracts. The interference must be fraudulent.

In Chapter II of Part II we analyze the duties and responsibilities of directors in facing a dissolution cause, precisely, qualified losses. We start by making some mentions of Comparative Law, and then we study which duties imposes this situation to directors of limited liability companies, as well as the responsibility for corporate debts arising from a breach of these duties. Special attention to coordination problems posed by Corporate and Insolvency Law must be given. The last part of this Chapter is devoted to reviewing certain issues raised by the exercise of this action.

The review of the duties and liability of directors in dissolution crisis through the lens of corporate interest in financial crisis leads to certain conclusions that need to be highlighted.

First, it is clear that the concurrence of qualified losses does not displace the remaining duties, but on the contrary, intensifies the duty of care, as abovementioned. Furthermore, the mere fulfillment of the duties that the dissolution crisis requires not necessary imply that the director has acted in accordance with due diligence, and therefore does not automatically imply the exclusion of directors' liability for damages

arising from management in crisis. The crisis situation may require the adoption of ancillary measures.

The dissolution crisis requires the directors to call, within two months, the General Meeting to adopt a dissolution agreement or to file bankruptcy. This rule poses serious interpretative problems when the company is at once at qualified losses and insolvent.

When the company is in a situation of qualified losses and insolvency, Insolvency Law displaces Corporate Law and the Board decides the beginning of the insolvency proceeding, without being required prior notification to the General Meeting. This does not exclude the possibility of convening a meeting if the Board decides so and when it is possible, according to the deadline legally imposed. If the General Meeting is called and decides measures that remove the insolvency, the duty of filing the bankruptcy disappears.

When qualified losses concur with imminent insolvency, we believe that the Board remains entitled to the bankruptcy filing. The directors must assess whether the beginning of a bankruptcy process is the most diligent behavior, considering the circumstances. The General Meeting must be called to comply with s. 365.1 LSC, with an essentially informative purpose. This Meeting can amend the management decision if it is able to offer objectively better solutions than the ones designed by the Board. The purpose of calling the General Meeting in a situation of qualified losses and imminent insolvency is to inform partners of the crisis, allowing the discussion of measures to take.

The determination of the deadline for calling the General Meeting also arises some questions which must be studied. First, the Act provides a deadline for convening the Meeting, not to hold it. This should not involve unnecessary delay. The Meeting shall be held as soon as possible, always complying with legal and statutory provisions. The negligent delay is a source of liability.

The *dies a quo* for calculating the deadline is determined by when directors knew or should have known the existence of the dissolution cause. It is not necessary to use an annual balance sheet to appreciate the existence of qualified losses. It is sufficient with any intermediate balance and also due to the director to request a balance sheet when the losses are presumed (*Bilanz im Kopf des Geschäftsführer*).

If the General Meeting is not called, is not held or, celebrated, does not agree to the

dissolution or the removal of the cause, directors must seek judicial dissolution in the legally established period.

It is at this stage to ask whether the bankruptcy filing is here also an alternative compliance mechanism to judicial dissolution. We believe so. This conclusion shouldn't be discussed if the company is already insolvent, as the filing remains mandatory. And, from our point of view, should be also accepted in an imminent insolvency scenario. The Board is entitled to bankruptcy filing also at this time, and the Board is the one to ponder whether the initiating an insolvency proceeding is a more diligent management decision than seeking a judicial dissolution.

The liability for corporate debts provides a specific consequence linked to the breach of specific duties: a legal guarantee for corporate debts, added to the corporate contractual liability. This liability raises some issues on which position is taken in the thesis.

First, we think that the mechanisms of exoneration provided in s. 237 LSC apply. This section provides concrete cases of absence of individual *imputatio iuris*, adapted to the functioning of the Board.

Moreover, the Act stipulates that corporate debts are presumed to occur after the cause of dissolution, unless directors prove otherwise. However, it is important not to confuse the burden of proof of the dissolution cause and the burden of proof of the date of the debt.

Regarding the term "debt" we agree with those who understand that it must be interpreted in a vulgar way and not in a technical legal sense.

We do not consider that the new s. 241 bis LSC applies to this liability. Consequently, s. 949 Cdc applies.

It is important to underline that we believe that directors should not be held liable if they are separated at a time when the breach of the duty is not definitive, understanding that the breach is not definitive until legal deadline is exceeded. We are not so certain in relation to corporate debts occurred after the separation but before the definitive breach of the duty. We believe that if the only argument to deny liability in this case is the loss of management capacity that occurs with cessation, the director should be liable, considering that he or she remains entitled to request judicial dissolution.

The Chapter III of Part Two is intended to the duties and liabilities of managers in the

insolvency crisis. It begins by outlining some foreign regulations, with special interest in wrongful trading systems or similar systems, which will be analyzed alongside continental ones. Later, we focus on the regulation of insolvency crisis in Spain, analyzing due diligence in corporate insolvency, as well as two of the duties provided by the LC, which we consider more relevant to this diligence in insolvency crisis: the duty of filing the bankruptcy and the duty of maintaining the estate of the company in the best interest of the procedure. The study of the duty of filing the bankruptcy raises the controversial issue of who is entitled in situations of imminent insolvency. The last part of this Chapter is devoted to the study of liability of directors in bankruptcy. We start by the controversial question of the nature of the liability to then analyze each of the elements of the liability of directors in bankruptcy

Despite the contrast that apparently exists between the wrongful trading and the duty of filing bankruptcy, it must be banished the approach to these pairing as alternative or exclusive, but copulative. The essence of wrongful trading (the predictability of insolvency as an activator of a management designed to minimize damage) is the same which is derived from what we have called duty of care in crisis, as a standard subject to modulations. Besides considering the possibility of providing a wrongful trading rule in Spanish Law, it is essential to make an interpretation of corporate interest and duty of care in corporate crisis that demands a prognosis of insolvency.

As for due diligence in bankruptcy crisis, this demands, first, to avoid inaction. The director is required, since the crisis is known, to perform, within the limits of what is legally established, to take all necessary measures to safeguard, as far as possible, the interests of corporation, partners and creditors (considering the composition of interests in an insolvency scenario).

Besides, a diligent behavior in an insolvency crisis requires proper compliance by the director of all duties imposed by Insolvency Law.

The duty of filing bankruptcy raises the controversy of who is entitled. We believe that Insolvency Law is clear on this point. When the insolvency occurs, the Board is the one entitled to start the proceeding, without convening the General Meeting.

From a Corporate Law perspective, the General Meeting should be convened, when concurs imminent insolvency and qualified losses. But even in that case, the Board will not be subject to the agreements of the General Meeting, if the bankruptcy filing

remains the most diligent performance.

The duty of maintaining the estate of the company for the interest of the insolvency, should be translated into a management that allows the business continuity, ensuring the integrity of the assets liable for the payment of creditors.

It would be desirable to meditate on whether to extent the same principles that underpin this duty to pre-insolvency periods.

As for the liability of directors in bankruptcy, we believe that, despite its punitive function, it mainly seeks a better compensation for creditors, linking the corporate liability assets to the directors' assets, when directors have culpably generated or aggravated corporate insolvency.

Consequently, liability of directors in bankruptcy should be analyzed under the framework of the compensatory liability, with the particularity that the Insolvency Law provides a general clause accompanied by a number of presumptions to determine culpability (and, in certain cases, illegality) and that the quantification of the damage is done through an identification, only initial, with the coverage of the bankruptcy deficit. The compensatory damages should be determined in view of the causation in fact and legal causation.

The Insolvency Act requires that the amount charged is individualized to each of those liable. We understand that directors can be held jointly liable when the harmful decision has been made by the Board in a collegiate way or when individualization is impossible.

The shadow director or the *de facto* director has to be held liable as those over whom the director has enough influence to be considered director according to the criteria settled by our academics and now enacted in s. 236.3 LSC. This applies for joint liability. The shadow director or *de facto* director included among the possible liable subjects by both Corporate and Insolvency Law, it should also apply in the liability for corporate debts, when the director has influence over the management. A different problem is the proof of such an influence.

Moreover, we consider erroneous to include the officers between those who can be liable ex s. 172 bis LC. We think that this rule seeks to draw to the circle of liable subjects those which are not directors but are involved in the management in an autonomous way, when they have had influence in the causation or aggravation of insolvency. But, in our opinion, regarding the regulation of officers in Spain, this

inclusion is due to the absence of the much needed regulation of the General Manager (*Director General*). This lack may have motivated the provision of the “*de facto* CEO”.

Key words: financial crisis, vicinity of insolvency, corporate interest, duty of care, directors’ liability, bankruptcy.